Die Konkurrenz zwischen dem Geschäfts- und dem Bereicherungsanspruch, speziell die Konkurrenz zwischen dem Geschäfts- und dem Besitzbereicherungsanspruch

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Bernhard Kahn
Referendar in Cöln.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1912.

Referent: Professor Dr. Matthias

Meiner lieben Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Anger, Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Sächsischen Archiv Bd. 7.

Aravantinos, Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. In Iherings Jahrbüchern Bd. 48.

Begründung der Novelle zur Zivilprozeßordnung. In den gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen 1898.

Bernhöffts Beiträge. Heft 6. 1905.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht. Berlin 1898.

Bolze, Die Bestimmungen des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich über die Steigerung des vindikatorischen Eigentumsanspruches. Im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 74.

Bolze, Einige Quellenstellen zur Lehre von den Kondiktionen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 79.

Bolze, Zur Lehre von den Kondiktionen, insonderheit von der condictio sine causa. Im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 78.

Bolze, Über Schadensersatz wegen Patentverletzung. Im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 92.

Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874.

Brückmann, Der Begriff der verlorenen Sache. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23.

Bunsen, Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 23.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. Jena 1903 bezw. 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2, 3. Tübingen und Leipzig 1900, 1902 bezw. 1905.

Dernburg, Die Rechte der Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 u. 2. Halle a. S. 1905 bezw. 1906.

Dernburg, Sachenrecht. Halle a. S. 1908.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung 1888, 2. Lesung 1894.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. München 1906.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1905.

Gierke, Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitz zulässig? Gutachten, abgedruckt in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentags. Berlin 1898.

Hartmann, Der Bereicherungsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig 1890.

Huffong, Die Widerklage aus dem Recht im Besitzprozeß. Im Recht 1902.

Jacobi, Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines anderen und seine Bedeutung auf dem Gebiete des Eigentums und der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte. In Iherings Jahrbüchern Bd. 4.

v. Ihering, Bereicherungsklage gegen den ehemaligen gutgläubigen Besitzer. In Iherings Jahrbüchern Bd. 16.

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des „rechtlichen Grundes“. Tübingen 1907.

Juristische Wochenschrift.

Kisch, Recht der Schuldverhältnisse. In der Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, Bd. 28.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1906.

Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts. Mannheim 1900.

Kolligs, Bienenrecht nach den §§ 906—909 des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 74.

Krückmann, Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. In Iherings Jahrbüchern Bd. 52.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar. Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe der Institute des Zivilrechts. In der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 401.

Landsberg, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Hälfte. Berlin 1904.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

v. Mayr, Kondiktion des römischen Privatrechts. Leipzig 1900.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2 u. 3 Berlin und Leipzig 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1909.

Neumanns Jahrbuch des deutschen Rechts. 2. Jahrg. Berlin 1905.

Otto, Ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Sächsischen Archiv Bd. 9.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. Berlin 1910.

Oertmann, Besitz und Bereicherungshaftung. Im Recht 1910.

Pfersche, Die Bereicherungsklagen. Wien.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Kommentar. Bd. 1, 2, 3. Berlin 1903, 1907 bezw. 1906.

Plessen, Die Grundlagen der modernen Kondiktion. Leipzig 1904.

Pritzl, Das Recht an Bienen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 66.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2 u. 3. Berlin 1898 bezw. 1899.

Recht, Das. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Kommentar. Bd. 1. 1899.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Kommentar. Nürnberg und Leipzig 1910.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 105.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. München 1907.

Staffel, Voraussetzung und Zweck. Im Sächsischen Archiv Bd. 13.

Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Halle 1903.

Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. Berlin 1909.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 1, 2, 3. München und Berlin 1910.

Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Straßburg 1899.

Stöver, Einigung im Sachenrecht. Im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 26.

Strohal, Der Sachbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Iherings Jahrbüchern Bd. 38.

Strohal, Bemerkungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Iherings Jahrbüchern Bd. 34.

Wendt, Besitz und Innehabung; Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 74.

Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin 1895.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.

Einleitung.

§ 1.

Unter dem „Geschäftsanspruch“ verstehen wir mit v. Mayr denjenigen Anspruch, „der sich auf ein zwischen den Parteien begründetes Rechtsgeschäft stützt, auf eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist, oder auch nur auf einen zwischen den Parteien spielenden rechtlichen Tatbestand, der kraft besonderer Rechtsnorm zu einem selbständigen Rechtsanspruch besonderer Art erhoben ist“ (v. Mayr S. 357). Hierhin gehören demnach sowohl die Ansprüche des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches als auch die der übrigen Bücher unseres Gesetzes. Die Frage der Konkurrenz des Bereicherungsanspruches mit anderen Ansprüchen muß also nicht nur hinsichtlich der obligatorischen, sondern auch hinsichtlich der dinglichen Ansprüche beantwortet werden.

Die zu prüfende Frage ist nun die: Ist der Bereicherungsanspruch wahlweise neben dem obligatorischen bezw. dem dinglichen Anspruch zulässig, oder greift er in subsidiärer Art erst dann Platz, wenn der Geschäftsanspruch

aus irgendeinem Mangel, z. B. Geschäftsunfähigkeit des Gegners, versagt?

Im Anschluß an diese Untersuchung soll eine besondere Berücksichtigung der Konkurrenz des Besitzbereicherungsanspruches mit den ihm gegenüber als Geschäftsansprüche zu bezeichnenden Ansprüchen aus den §§ 861 ff. u. 1007 BGB. zuteil werden.

§ 2.

Praktische Bedeutung des Problems.

Bevor wir in unsere eigentliche Untersuchung eintreten, müssen wir uns darüber klar werden, welche praktische Bedeutung unserem Problem zukommt; diese äußert sich namentlich hinsichtlich der Beweislast und des Umfanges der Haftung (vgl. v. Mayr S. 369 ff.). Was die erstere angeht, so wird man sagen müssen: Derjenige, der eine Leistung, z. B. ein Darlehen mit dem Geschäftsanspruch zurückfordert, hat regelmäßig nur das Geschäft und die Leistung zu behaupten und zu beweisen. Bestreitet der Beklagte seine Rückgabepflicht, behauptet er also, ein Recht auf den dauernden Genuß der Leistung zu haben, so trifft ihn hierfür die Beweislast. Anders verhält es sich mit dem Bereicherungsanspruch. Hier muß der Kläger nicht nur das Geschäft und die Leistung, sondern auch die Wiederaufhebung des Geschäfts als die Grundlage seines Rechts beweisen. Man kann diesen Gedanken auch so ausdrücken: Während der Beweis der

Wiederaufhebung des Rechtsgeschäfts als einer anspruchhemmenden Tatsache bei dem Geschäftsanspruch dem Beklagten obliegt, muß er bei dem Bereicherungsanspruch als eine anspruchserzeugende Tatsache vom Kläger erbracht werden.

Eine weitere praktische Bedeutung der Konkurrenzfrage liegt in dem Umfang der Haftung. Bei dem Geschäftsanspruch wird regelmäßig nur der ursprüngliche Gegenstand selbst, möglicherweise mit Früchten und Akzessionen, event. auch das Surrogat geschuldet; hingegen dauert die Bereicherungshaftung so lange, als der Beklagte überhaupt noch bereichert ist, mag der urspüngliche Gegenstand noch vorhanden sein oder nicht (vgl. v. Mayr a. a. O.). Ebenso Plessen S. 61: „Auch kann es vorkommen, daß der Geschäftsanspruch offenbar uneinbringlich ist, z. B. weil die zu leistende Sache nicht mehr existiert, ein Schadensersatzanspruch ist von einem Verschulden des Verpflichteten abhängig, aber die Bereicherung desselben kann mit dem Bereicherungsanspruch stets herausverlangt werden".

Endlich zeigt sich die Verschiedenheit des Geschäfts- und des Bereicherungsanspruches darin, daß der letztere wegen Kenntnis des Leistenden von dem Rechtsmangel ausgeschlossen ist, während der erstere hier durchaus anwendbar ist (vgl. v. Mayr a. a. O. und Rehbein Bd. 1 zu § 138 I, 1 a. E.). Dies soll an folgendem Beispiele gezeigt werden: A und B sind Grundstücksnachbarn. Auf dem Besitztum des A steht ein die beiden Grundstücke

trennender Zaun, der jedoch an einer Stelle so stark lückenhaft ist, daß ein Eindringen der dem A gehörigen Hühner in das Grundstück des B zu befürchten ist. A will trotz wiederholter Aufforderung seitens des B die Lücke im Zaun nicht ausbessern. Als nun einmal die Hühner des A in den Garten des B eingedrungen waren und Schaden angerichtet hatten, verfällt B auf folgenden Einfall: Er kauft zwei Eier und läßt sie dem A überbringen mit dem Bemerken, daß sie von dessen — des A — Hühnern auf seinem — des B — Grundstück gelegt worden seien. A glaubt dies und bessert den Zaun unverzüglich aus. Als er später den wahren Sachverhalt erfährt und daraufhin die Lücke wiederherstellt, verlangt B von A den Ersatz der zwei Eier.

A hat an den Eiern nur Besitz, nicht Eigentum erworben; denn die zum Eigentumsübergang nach § 929 BGB. erforderliche Einigung der Parteien ist nicht erfolgt, da eine hierzu erforderliche Eigentumsübertragungsofferte seitens des B nicht vorliegt: Wenn auch der Wille des B auf Schenkung und Eigentumsübertragung gerichtet ist, so geht seine Erklärung doch dahin, daß er eine ihm als Finder obliegende Verpflichtung zur Herausgabe des gefundenen Gegenstandes erfüllen wolle, so daß gemäß § 116 BGB. nur das Erklärte, nicht das Gewollte gilt. Wenn nun B die Eier oder deren event. nach § 818 BGB. festzustellenden Wert mit der Bereicherungsklage herausverlangt — es könnte hier in Ermanglung einer Vermögensverschiebung an den Eiern, an denen

A durch die Leistung des B als solche nur Besitz, nicht auch Eigentum erlangt hat, lediglich die Besitzbereicherungsklage in Betracht kommen —, so steht dem A die Einrede aus § 814 BGB. — Kenntnis des Leistenden von dem Nichtbestehen einer Verbindlichkeit — zur Seite. B kann also nicht etwa einen mangelnden Rechtsgrund für den Besitz des A damit begründen, daß die von ihm vorgeschützte Schuld tatsächlich nicht bestanden habe, so daß der hierauf zurückzuführende Besitz des A grundlos wäre; denn indem B dem A den Besitz übertragen hat, wissend, daß er hierzu nicht verpflichtet war, entfällt die Grundlage seines Anspruches.

Anders ist die Sachlage, wenn B die Geschäftsklage, d. h. hier die Eigentumsklage, anstrengt. Hier sind Fälle denkbar, in denen eine Ersatzpflicht des A begründet ist, z. B. wenn er nach Kenntnis der Sachlage vorsätzlich das noch vorhandene Eigentum des B zerstört; hier haftet er gemäß § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB., da er zum Besitz nicht berechtigt ist; denn ein zur Verteidigung im Sinne der §§ 986 ff. BGB. geeignetes Besitzrecht muß stets obligatorischer oder dinglicher Natur sein (vgl. Planck zu § 986 BGB. 1 a α u. β). Dieser Art ist A's Besitz aber zweifellos nicht; für ihn spricht lediglich die Tatsache, daß er den Besitz selbst von B erlangt hat. Dieses ist deshalb aber keine wirkliche Einrede, weil er in keinem Rechtsverhältnis zu B steht, das ihn befugt, die Herstellung oder Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Besitzstandes zu verlangen. A kann also nur die Tatsache

des gegenwärtigen Besitzes für sich in Anspruch nehmen, ohne aber verlangen zu können, daß dieser faktische Zustand bestehen bleibe. A wäre also zum Ersatz verpflichtet Die Einrede aus § 814 BGB. würde ihm nicht zur Seite stehen, da B seinen Anspruch nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung, sondern auf Eigentum stützt; diesem gegenüber sind aber nur die Einreden aus § 986 BGB. zulässig.

Eine weitere praktische Folge der Konkurrenzfrage ist dadurch begründet, „daß die Rückforderung aus dem Titel der Vertragsaufhebung unter Umständen auch dort durchschlägt, wo der Bereicherungsanspruch wegen Verwerflichkeit der Leistung versagt wäre, beispielsweise die Rückforderung der Aktien, die der Eigentümer entgegen dem Gesetze gegen Vorteile zur Ausübung des Stimmrechts überlassen hat“ (v. Mayr S. 369).

§ 3.

Übersicht über die in der Literatur vertretenen Ansichten.

„Wird aber die Frage nach dem Verhältnisse des Bereicherungs- zum Geschäftsanspruch aufgeworfen, so steht man vor der Entscheidung, ob der Geschäftsanspruch für dieses Verhältnis schon als Erfüllungs- oder erst als Rückforderungsanspruch in Betracht kommt, ob m. a. W. daran gedacht werden kann, den Bereicherungsanspruch mit dem Geschäftsanspruch schon in dem Sinne kon-

kurrieren zu lassen, daß der nicht erfüllende Schuldner als bereichert und demgemäß zum Bereicherungsanspruch passiv legitimiert angesehen werden kann, oder ob das Verhältnis zwischen Bereicherungs- und Geschäftsanspruch erst dann zur Sprache zu kommen hat, wenn sich wegen eines Geschäftsmangels oder aus anderen Gründen ein Anspruch auf Rückforderung einer in Erfüllung solchen Geschäfts bereits geschehenen Leistung ergibt" (v. Mayr S. 357).

Über diese Frage herrscht lebhafter Streit, den wir vor Kennzeichnung unseres eigenen Standpunktes im folgenden darstellen wollen.

„Ein Grund, den Bereicherungsanspruch, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, deshalb auszuschließen, weil dem Berechtigten noch ein anderer Anspruch zusteht, mit welchem er dasselbe erlangen kann, dürfte nicht vorliegen" (Planck Vorbem. zu § 812 BGB. Nr. 5). Denselben Standpunkt vertritt Cosack: „Nicht selten hat der Gläubiger außer dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Schuldner noch einen anderen auf Herausgabe des gleichen Gegenstandes gerichteten Anspruch. Er hat dann die Wahl, ob er sich nur auf einen oder beide Ansprüche stützen will" (Cosack § 168 I Nr. 6 S. 632). Auch das Reichsgericht hat sich zugunsten der Konkurrenzfähigkeit in Bd. 48 S. 142 ausgesprochen: „Weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Motive zum 1. Entwurf lassen entnehmen, daß die durch die Bereicherungsklage beabsichtigte Ausgleichung einer Ver-

mögensverschiebung nur als Aushilfsmittel gewährt werden soll". Auch Stammler tritt S. 37 für die Konkurrenzfähigkeit ein: „Sie — die Bereicherungsklagen — stehen ohne äußere Beschränkungen neben allen sonst möglichen Ansprüchen; ihre Voraussetzungen sind jeweils für sich zu prüfen und selbständig festzustellen. Für ein Zurücktreten bis zu dem Zeitpunkte, da konstatiert ist, daß kein anderer Anspruch auf ungefähr dasselbe begründet sei, liegt nicht der geringste Grund vor". Dasselbe meint Jung S. 42, indem er nur der condictio possessionis in gewissen Fällen subsidiäre Bedeutung beilegt. Plessen stellt als Ergebnis seiner Untersuchung den Satz auf, daß einer beliebigen Konkurrenzfähigkeit der Bereicherungsklage mit dem Geschäftsanspruch weder ein prinzipielles Bedenken im Wege stehe, noch daß sich aus irgendeiner Bestimmung unserer Rechtsordnung ein Grund herleiten lasse, „weshalb ein Bereicherungsanspruch nicht zulässig sein sollte, wenn seine sämtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, d. h. wenn jemand etwas auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund erlangt hat" (S. 61). Auch Endemann (§ 198 Nr. 2 c S. 1238) gelangt zu der Annahme, daß zwischen dem obligatorischen Geschäfts- und Bereicherungsanspruch eine echte Anspruchskonkurrenz eintreten kann, sofern mehrere verschiedene Tatbestände vorliegen, „deren jeder die Voraussetzungen eines besonderen Schuldverhältnisses erfüllt. Die Entscheidung, welche Rechtsfolge er geltend machen will, untersteht dann der freien Wahl des Berechtigten". In

ähnlichem Sinne äußern sich Staudinger, Neumann und Kohler. „Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist nicht subsidiärer Natur, so daß er ausgeschlossen wäre, wenn dem Geschädigten andere Rechtsbehelfe zustehen, z. B. Anspruch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung gegen den Bereicherten oder einen Dritten" (Staudinger Vorbem. zu § 812 Nr. 6).

„Der Bereicherungsanspruch ist nicht subsidiär. Er wird weder ausgeschlossen durch einen dem Gläubiger gegen den Bereicherten noch anderweit zustehenden konkurrierenden Anspruch auf Ausgleichung, noch einen dem Gläubiger gegen einen Dritten zustehenden Anspruch, durch welchen die Möglichkeit eines Ersatzes gegeben ist" (Neumann Vorbem. 1 zu § 812; ebenso Kohler, BGB. Bd. 2 S. 461).

Zu den Gegnern dieses Standpunkts gehören namentlich Oertmann und v. Mayr: „Der Bereicherungsanspruch ist seinem Wesen nach bedingt durch das Erlangen auf Kosten eines anderen. Solange nun ein Geschäftsanspruch zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten besteht, läßt sich nicht behaupten, daß der Verpflichtete auf Kosten des Berechtigten bereichert sei; denn dieser ist kraft seines Anspruches in der Lage, dem Verpflichteten diese scheinbare Bereicherung jeden Augenblick zu entziehen. Sie befindet sich m. a. W. bereits in der Form des Anspruches im Vermögen des Berechtigten. Zur Bereicherung auf Kosten des Berechtigten wird sie erst, wenn dieser seinem Anspruche keine andere Grund-

lage zu geben vermag als das ungerechtfertigte Haben des Bereicherten. Dies ist aber nicht der Fall, wenn dem Benachteiligten ein Anspruch auf Erfüllung, vielleicht auch nur statt des eigentlichen Erfüllungsanspruches ein bloßer Surrogatanspruch, sei es auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder auf Rücktritt vom Vertrage, oder dergleichen mehr zusteht. Solange daher dem Berechtigten ein solcher Erfüllungsanspruch zu Gebote steht, muß ihm der Bereicherungsanspruch versagt bleiben" (v. Mayr S. 358 a. E.). Desgleichen ist Oertmann (Vorbem. zu § 812 Nr. 4 S. 1024) für die Subsidiarität. Ebenso Staffel, Sächs. Arch. Bd. 13 S. 505: „Die Kondiktion stützt sich demnach auf die nackte Tatsache der Zweckverfehlung, und sie setzt daher voraus, daß die Rechtsfolgen für den Fall des ausbleibenden Erfolges nicht schon im Wege der Parteidisposition geregelt sind. Eine solche rechtsgeschäftliche Festsetzung schließt die Anwendung der Kondiktion aus. Dies ist nur ein subsidiärer Rechtsbehelf". Ebenso Jacobi in Jherings Jahrb. Bd. 4 S. 167: „Die Kondiktion ist ihrer Natur nach nur ein subsidiäres, gleichsam das letzte Rechtsmittel, welches erst, wenn kein anderes mehr übrig, zur Anwendung kommt". (Der gleichen Ansicht Kuhlenbeck Vorbem. zu § 812).

§§ 4—8a: Eigener Standpunkt.

§ 4.

A. Konkurrenz des Bereicherungsanspruches mit obligatorischen Ansprüchen.

Erster Abschnitt.

Die für die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches sprechenden Gründe.

Wenn wir nun dazu übergehen, unseren eigenen Standpunkt zu kennzeichnen, so erscheint uns zunächst ein näheres Eingehen auf die soeben vorgetragene Ansicht v. Mayrs geboten. Plessen sucht S. 60 die Beweisführung v. Mayrs durch folgenden Einwurf zu entkräften: „Wenn v. Mayr behauptet, die Bereicherung befinde sich bereits in der Form des Anspruches im Vermögen des Berechtigten, so ist das entschieden unzutreffend; denn ob ich z. B. eine Sache selbst in meinem Vermögen habe, oder ob ich nur einen Anspruch darauf habe, sind Dinge von ganz verschiedenem Werte".

Nach Plessen würde man also im Sinne v. Mayrs die Gleichung aufstellen können: Der unbefriedigte Anspruch ist gleich dem bereits verwirklichten Anspruch, der Anspruch auf Leistung ist inhaltlich identisch mit der bereits vollzogenen, dem Vermögen des Gläubigers zugeführten Leistung selbst. Denn nur bei dieser Annahme — so meint Plessen — kann v. Mayr behaupten, die

scheinbare Bereicherung befinde sich mit Rücksicht auf das Vorhandensein des Geschäftsanspruches bereits im Vermögen des Gläubigers, sei also bereits ein Teil des gläubigerischen Aktivums. Nun muß zwar Plessen die Unrichtigkeit der obigen Gleichung ohne weiteres zugegeben werden, da in den meisten Fällen der nicht befriedigte Anspruch weniger Wert besitzt als der bereits erfüllte. Der erstere ist ein incertum, es steht noch nicht fest, ob der Anspruch überhaupt verwirklicht, und bejahendenfalls inwieweit er realisiert wird, während der seinem ganzen Inhalte nach verwirklichte Anspruch ein certum bildet. In dem einen Falle steht der Gläubiger vor einer unvollendeten, in dem anderen Falle vor einer vollendeten Tatsache. Dies ist namentlich bei einer Veräußerung des Anspruchs von großer Bedeutung: Der Gläubiger wird den Anspruch auf Leistung — sofern eine Veräußerung im einzelnen Falle zulässig ist — nicht so vorteilhaft abtreten können wie das bereits einen aktiven Bestandteil seines Vermögens bildende Objekt der Leistung selbst; denn der Forderungserwerber übernimmt das Risiko des Nichtvollzuges der Leistung. Und selbst dann, wenn der Gläubiger dem Forderungserwerber gegenüber für den Vollzug der Leistung einsteht, wird sich der letztere in den meisten Fällen für die Mühe, die noch ausstehende Forderung eintreiben zu müssen, dadurch bezahlt machen, daß er nicht den vollen Wert des Leistungsgegenstandes zahlt (Diskont). Diese Differenz zwischen dem Werte des befriedigten und nichtbefriedigten

Anspruches bedeutet eine Verschiedenheit der Chancen des Gläubigers, welche durch die Gewährung des Geschäftsanspruches an und für sich nicht ausgeglichen wird. Dieses Argument Plessens gegen v. Mayr scheint noch an Bedeutung zu gewinnen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß v. Mayr auf S. 197 ein Erlangen auf Kosten eines anderen schon dann als vorliegend bezeichnet, wenn „diesem anderen ein rechtlicher Anspruch, eine rechtlich begründete Anwartschaft zusteht“. Das Prinzip wäre hiernach dahin auszudrücken, daß jeder, dem durch Nichtachtung fremder Rechte grundlos irgendein Vermögensvorteil erwächst, also namentlich der nichterfüllende Schuldner, auf Kosten des anderen ungerechtfertigt bereichert wäre. Hiermit würde sich v. Mayr in völliger Übereinstimmung mit Plessen befinden, der S. 29 sagt: „Nach unserer Meinung ist auch in diesem Falle — d. h. bei Nichterfüllung einer Schuld — eine Kondiktion der Leistung möglich, zu welcher der Schuldner verpflichtet ist; denn letzterer hat die Leistung ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Gläubigers in seinem Vermögen. Der säumige Schuldner kann also unseres Erachtens stets auf die Bereicherung verklagt werden, welche durch das unberechtigte Zurückhalten in seinem Vermögen vorhanden ist“.

Mit seiner S. 197 vertretenen Ansicht (vgl. obiges Zitat) würde v. Mayr allerdings in einen schroffen Gegensatz zu seinen eigenen Ausführungen auf S. 358 ff. treten, insofern er auf S. 197 in der Nichterfüllung einer

Schuld ohne weiteres eine Bereicherung erblickt, während er auf S. 358 das Gegenteil behauptet. Allein mag man auch diesen Widerspruch v. Mayrs als vorhanden annehmen, jedenfalls hat er auf S. 358 das Richtige getroffen. Der angeführte Einwurf Plessens, daß der durch Gewährung des Geschäftsanspruches nicht ausgleichbaren Chancenminderung des gläubigerischen Aktivums eine Bereicherung des schuldnerischen Vermögens entspreche, ist deshalb hinfällig, weil es sich bei der hier zugrunde liegenden Nichterfüllung aus einem obligatorischen Geschäft um das Zurückbehalten einer geschuldeten Leistung handelt; diese retentio des Schuldners kann aber unmöglich als eine technische Bereicherung im Sinne des Gesetzes aufgefaßt werden; denn es wäre — so Oertmann Vorbem. zu § 812 Nr. 4 S. 1024 — eine widersinnige Vorstellung, jede Nichterfüllung einer Pflicht schon als Bereicherung gelten zu lassen. „Besteht bereits infolge des Rechtsüberganges ein Anspruch auf Gegenleistung, Erstattung usw., so liegt keine weitere Bereicherung vor, als daß der Empfänger das noch nicht geleistet hat, was er leisten soll. Jede Nichterfüllung einer Pflicht müßte also als Bereicherung erscheinen — eine widersinnige Vorstellung! Plessens Einwurf, der Anspruch auf Leistung (Rückerstattung) sei nicht mit dem Leistungsobjekt identisch, schlägt nicht durch: durch ihn hatte der Berechtigte alles das, was ihm auch der Bereicherungsanspruch als solcher — um

den es sich allein handelt — gewähren kann. Unmöglich kann man den befriedigten Bereicherungs- mit dem nicht befriedigten Leistungsanspruch vergleichen und daraus ein Plus für jenen folgern". Es ist also Plessen nicht beizutreten, wenn er den S. 29 zum Ausdruck gebrachten Gedanken auf S. 60 noch einmal dahin zusammenfaßt: „Sobald der Verpflichtete die ihm obliegende Leistung nicht seiner Verpflichtung gemäß macht, sie vielmehr pflichtwidrig dem Berechtigten vorenthält, ist er auf dessen Kosten ungerechtfertigt bereichert". Plessen übersieht, daß die Weigerung des Schuldners, seiner Verpflichtung nachzukommen, die Tatsache des Fortbestehens der Verbindlichkeit in keiner Weise beeinflußt, so daß von einem Erlangen „auf Kosten" des Gläubigers keine Rede sein kann.[1])

---

[1]) Die Plessensche Ansicht scheitert demnach schon an dem Fehlen dieser Voraussetzung der §§ 812 ff. BGB. Die Nichtkondizierbarkeit der Gegenleistung, die ihren Grund eben in dem Fehlen des Bereichertseins „auf Kosten" des Gläubigers hat, folgt aber nicht schon etwa daraus, daß die zur Bereicherung im allgemeinen nötige Rechtsverschiebung hier insofern gar nicht stattgefunden hat, als sich ein Übergang des beanspruchten Objekts aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Schuldners gar nicht vollzogen hat. Die condictio aus diesem Grunde nicht zuzulassen, wäre deshalb unrichtig, weil eine Bereicherung schon dann vorliegen kann, wenn „das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögensstand desselben berührt" (Prot. Bd. 2 S. 685). Die Unanwendbarkeit der condictio auf die Gegenleistung kann also nicht etwa auf

Die Unzulässigkeit der condictio neben den obligatorischen Ansprüchen ergibt sich aber auch weiterhin aus folgenden Erwägungen heraus:

1. Die Bereicherungsklage würde zu einem Generalheilmittel degradiert, sollte man solche Ansprüche, die man mit der an und für sich statthaften Geschäftsklage aus irgendeinem Grunde nicht geltend machen will, unter dem Gesichtspunkte der Bereicherung einklagen dürfen. Das würde zu einer völligen Umstürzung alteingewurzelter Rechtsbegriffe führen. Die Bereicherungsklage würde zu einer Allerweltsklage für sämtliche schuldrechtliche Ansprüche herabsinken. Der Tatbestand der condictio würde als Schlupfwinkel für alle auf einer certa causa negotii beruhenden Ansprüche erscheinen. Ja noch mehr! Der Gesetzgeber könnte dazu übergehen, sämtliche positivrechtlichen Schuldverhältnisse, z. B. Kauf und Miete, auf das eine höhere Prinzip der Bereicherung zurückzuführen. Das Recht der speziellen Schuldverhältnisse brauchte nur aus dem einen Titel „ungerechfertigte Bereicherung" zu bestehen. Daß aber diese unabweisliche Folge der ratio legis widersprechen würde, ergibt sich schon daraus, daß die Bereicherungsklage gerade dazu berufen ist, als letzte Instanz diejenigen Lücken zu beseitigen, deren Entstehen durch die formale Strenge des Gesetzes bedingt ist und gegen deren Dasein sich das

das Fehlen der Rechtsverschiebung, sondern — abgesehen von den später anzuführenden Gründen — nur auf den Mangel des Erlangtseins „auf Kosten" eines anderen gestützt werden.

Recht nicht anderweit zu schützen vermag. Stellt doch die Zulassung der condictio nach Stammler (S. 25) eine Berichtigung der Rechtsordnung sich selbst gegenüber dar, ist sie doch eine durch den Gegensatz zwischen abstraktem und kausalem Geschäft bedingte Reaktion des richtigen Rechts gegen das formell technische Recht. Das Gesetz will mit der condictio die Wunden, die es sich selbst geschlagen, wieder heilen. Es müssen demnach, damit die condictio überhaupt Platz greifen kann, zunächst solche anderweit nicht zu heilende Wunden vorhanden sein. Dies ist aber bei den materiellen Ansprüchen auf die Gegenleistung keineswegs der Fall; diesen hat vielmehr das Gesetz zu ihrer Verwirklichung den jeweiligen Geschäftsanspruch zugeteilt. Das höhere Prinzip der Rechtsordnung, zu dessen Realisierung das Institut der Bereicherungsklage überhaupt in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches eingestellt worden ist (Crome § 317 Nr. 1), ist in diesen Fällen gar nicht gefährdet. Eine Reaktion des grundsätzlich richtigen Rechts gegen das formell technische Recht (so Stammler a. a. O.) erweist sich hier als überflüssig, da dem grundsätzlich richtigen Recht schon ohnedies vermittels des Geschäftsanspruches Genüge geschehen ist. Es ist daher nicht einzusehen, warum Stammler und andere Schriftsteller, die im Ergebnis mit ihm übereinstimmen, trotz der richtigen Erfassung des Wesens der condictio diese wahlweise neben dem Geschäftsanspruch zulassen.

2. Aber selbst wenn man die obige Beweisführung

nicht gelten lassen will, muß man aus einem anderen Grunde zu der Ablehnung einer beliebigen Konkurrenz der beiden Ansprüche gelangen. Ist nämlich im Gesetz ein Anspruch unter verschiedenen Gesichtspunkten geregelt, so wird die lex generalis durch die lex specialis ausgeschlossen. Dieser allgemeine Grundsatz, auf unser Problem angewandt, führt dahin, daß z. B. der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis unter dem besonderen Gesichtspunkte des Kaufes geregelt ist, so daß der — nach dem gegnerischen Standpunkt — gleichfalls anwendbare Bereicherungsanspruch fortfallen muß. „Ist doch der Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnis und damit in der Rechtsentwicklung selbst abhängig von der klaren und scharfen Scheidung der einzelnen Arten der Schuldverhältnisse“ (Endemann § 156 Nr. 2). „Die erste Aufgabe der Rechtsanwendung ist darum die Unterordnung des konkreten Tatbestandes unter die zutreffende Rechtsnorm; dazu gehört die richtige Erfassung des vorliegenden Schuldverhältnisses . . . Für die richterliche Entscheidung kann die Frage aber gar nicht anders lauten als dahin: Gründet sich der Anspruch auf einen Vertrag oder auf ungerechtfertigte Bereicherung oder unerlaubte Handlung?“ (Endemann a. a. O. Anm. 4 S. 906). Diesen Gedanken, auf unser Problem angewandt, drückt Oertmann (Vorbem. zu den §§ 812 ff. Nr. 4 S. 1024) dahin aus, daß die Bereicherungsansprüche ja gerade den Mangel einer Sonderverbindung zwischen beiden Beteiligten voraussetzen; „sie passen somit nicht auf solche Fälle, wo

eine solche Sonderverbindung besteht, die Frage der beiderseitigen Ansprüche sich also nach ihrer Eigenart richtet".

Man werfe uns nicht ein, daß der Bereicherungsanspruch gegenüber dem Geschäftsanspruch stets ein minus darstelle, so daß der Gläubiger nicht gezwungen werden könne, sich des ihm günstigeren Rechts, d. h. des Geschäftsanspruches zu bedienen; denn „nichts wäre verkehrter, als in der Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung grundsätzlich und für alle Fälle gegenüber der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung ein minus zu erblicken" (v. Mayr S. 363). Nur bei denjenigen vom Bürgerlichen Gesetzbuch genau bezeichneten Fällen der Bereicherung, in denen die Konditionsgrundsätze auf die Verpflichtung zur Rückgewähr analog angewandt werden, nämlich wenn der Rücktritt oder die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt ist, den der zur Rückerstattung Verpflichtete nicht zu vertreten hat — z. B. in den §§ 327, 527, 531, 543 Abs. 2, 628, 1584 BGB. (vgl. Endemann § 198 Nr. 1 und Anm. 8) —, führt die Bereicherungsklage zu einer milderen Haftung. Allein diese „unechten Fälle sind lediglich aus gesetzestechnischen Gründen den Bereicherungsansprüchen unterstellt worden; zur Klarlegung des Begriffs und der Bereicherungsansprüche sind sie schlechthin untauglich" (Endemann a. a. O.). In den anderen Fällen hingegen ist es sehr wohl möglich, daß die Bereicherungsgrundsätze gerade zu einer Verschärfung der Haftung führen. Man vergleiche nur die Bestimmung der §§ 275 und 323 BGB. mit der des

§ 818 BGB. Hiernach erlischt die rechtsgeschäftliche Verpflichtung unter gewissen Voraussetzungen mit dem Wegfall des Leistungsgegenstandes, während nach Konditionsgrundsätzen solchenfalls an Stelle des untergegangenen Leistungsgegenstandes der Werterſatz tritt.

Ebenso kann der Geschäftsanspruch bereits verjährt sein (z. B. § 477), während die Bereicherungsklage nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 194 ff. erst in 30 Jahren seit Entstehung des Anspruches verjährt (vgl. Staudinger Vorbem. zu § 812 Note 7).

Man kann also nicht behaupten, daß der den Bereicherungsansprüchen zugrunde liegende Haftungsmaßstab schlechthin an Stelle des Vertragsmaßstabes, der ja regelmäßig strenger sei als jener, treten könne. Wenn man aber auch die Kondiktion an Stelle des Geschäftsanspruches da gewähren will, wo sie tatsächlich dem Gläubiger weniger günstig ist, so muß ihre Unanwendbarkeit — ganz abgesehen von den noch anzuführenden Gründen — jedenfalls für den Fall zugegeben werden, daß die Bereicherungsklage eine gesteigerte Haftung zur Folge hat; denn indem das Gesetz die schuldnerische Verpflichtung in Ansehung eines bestimmten Tatbestandes, z. B. die des Verkäufers durch den Umfang des betreffenden Geschäftsanspruches genau regelt, will es damit jedenfalls ein nicht zu überschreitendes Höchstmaß der schuldnerischen Verpflichtung feststellen. Dies sei an einem von Plessen S. 52 angeführten Beispiel dargetan: „Anders liegt die Sache, wenn der Verkäufer eine mangelhafte Sache als

mangelfrei verkauft und einen Kaufpreis erzielt hat, der den Wert übersteigt, vorausgesetzt, daß die Mängel von ihm nach § 459 BGB. zu vertreten sind. In einem solchen Falle ist neben dem Tatbestand der Wandelung und Minderung gleichzeitig ein Konditionstatbestand gegeben. Der Verkäufer ist auf Kosten des Käufers ungerechtfertigt bereichert. Denn nach den durch den Kaufvertrag festgelegten relativen Beziehungen zwischen den Parteien sollte der Verkäufer den Kaufpreis nur für die Sache in mangelfreiem Zustande erhalten". Wir meinen das gerade Gegenteil. Nach dem Willen des Gesetzes soll die vertragliche Haftung des Verkäufers eine nicht zu überschreitende Grenze seiner Verbindlichkeit bilden. Gerade weil durch die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche, insbesondere der Wandelung und Minderung, eine erhebliche Störung und Beunruhigung des Verkehrs bewirkt wird, hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 477 die kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten bezw. einem Jahr angeordnet. Würde nun, wie Plessen meint, die condictio Platz greifen können, so würde dadurch die Haftung des Schuldners über die im § 477 festgestellte Haftungsfrist hinaus fortdauern, da der Bereicherungsanspruch, wie erwähnt, erst in 30 Jahren verjährt. Daß dies aber der ratio legis widersprechen würde, ist wohl zweifellos. Es kann hier also nur der Vertragsmaßstab an die Haftung des Verkäufers angelegt werden.

3. Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches

folgt weiterhin aus der besonderen Vorschrift des Art. 83 WO. Hiernach steht dem Inhaber des Wechsels gegen den Aussteller oder Akzeptanten auch nach der Präjudizierung oder Verjährung des Wechsels ein Bereicherungsanspruch zu. Die Voraussetzung der Klage aus Art. 83 ist aber nicht bloß der Verlust des Wechselanspruchs gegen den Beklagten, sondern auch weiter, daß der Betrag des Wechsels weder rechtlich noch tatsächlich auf andere Weise einbringlich sei (Staub-Stranz, WO. Art. 83 Anm. 6). Dies ist aber nur dann der Fall, „wenn der Betrag des Wechsels weder vom Beklagten aus anderem Rechtsgrunde noch von einem anderen Wechselverpflichteten eingezogen werden kann. Liegt dagegen eine der Alternativen vor, kann der Betrag des Wechsels entweder vom Beklagten aus einem anderen Rechtsgrunde oder von einem Wechselverpflichteten aus irgendeinem Rechtsgrunde eingezogen werden, so ist der Kläger nicht geschädigt und die Bereicherungsklage daher nicht gegeben“ (a. a. O.). So ist die Bereicherungsklage des Art. 83 z. B. unzulässig, wenn der verjährte oder präjudizierte Wechsel nur zahlungshalber gegeben worden ist; solchenfalls dauert nämlich der ursprüngliche Geschäfts-, z. B. Darlehnsanspruch weiter. Eine Schädigung des Klägers durch Verlust des Wechselanspruches liegt hier nicht vor (vgl. Staub a. a. O. Anm. 7). Ebenso RG. Bd. 44 S. 79: „In Übereinstimmung mit vorstehender Auffassung ist die Frage, ob die Bereicherungsklage des Art. 83 WO. durch die bei Ver-

jährung oder sonstiger Beseitigung der Wechselklage noch fortbestehende Klage aus dem unterliegenden Deckungsverhältnis ausgeschlossen werde, nicht nur in der Rechtsprechung des früheren Reichsoberhandelsgerichts, sondern auch von den neueren Kommentatoren der Wechselordnung ... bejahend beantwortet worden".

„Der Bereicherungsanspruch ist also, wie der Klarheit wegen nochmals betont werden mag, nicht gegeben, wenn der Wechselbetrag auf Grund eines anderen Gläubigerverhältnisses von dem Beklagten eingezogen werden kann, so daß im Regelfalle bei Annahme des Wechsels zahlungshalber der Bereicherungsanspruch nicht besteht, wohl aber ausnahmsweise, nämlich dann, wenn bei der Hingabe zahlungshalber nachträglich die Beseitigung des ursprünglichen Anspruchs eintritt, während bei Annahme des Wechsels an Zahlungsstatt die ursprüngliche Forderung stets sofort beseitigt ist und daher hier nach Präjudizierung des Wechsels der Bereicherungsanspruch stets das einzig mögliche auxilium iuris ist" (Staub-Stranz a. a. O. Anm. 7). In Art. 83 WO. ist also die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches zum klaren Ausdruck gekommen. Es ist aber nicht einzusehen, warum dieser in der Wechselordnung ausgesprochene Grundsatz nicht auch für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten sollte. Es geht nicht an, denselben Bereicherungsanspruch zuweilen als subsidiär, zuweilen als völlig selbständig neben anderen Ansprüchen hinstellen zu wollen. Eine solche Verschiedenheit der

Behandlung des Bereicherungsanspruches ermangelt der inneren Berechtigung. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum das Reichsgericht in der bereits oben angeführten Entscheidung (Bd. 48 Nr. 33 S. 142 ff.) entgegen Bd. 44 S. 79 sich zugunsten der unbeschränkten Zulässigkeit der condictio ausgesprochen hat, obwohl doch für den bürgerlich-rechtlichen Bereicherungsanspruch keine anderen Grundsätze gelten können als für die wechselrechtliche condictio.

4. Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches folgt weiter aus seinem deliktsähnlichen Charakter. Dieser ergibt sich ohne weiteres aus der nachbarlichen Stellung des Bereicherungsanspruches zu den Delikten des Bürgerlichen Gesetzbuches; sie ist nicht nur eine äußerliche, sondern sie beruht auf einer inneren Verwandtschaft. Diese tritt namentlich in der Bildung des Tatbestandes hervor, indem bei Feststellung der Voraussetzungen, unter denen in beiden Fällen ein „Recht" entstehen soll, auf dieses Wort — „Recht" — Bezug genommen wird. Ein Recht auf Ersatz soll entstehen, wenn jemand widerrechtlich verletzt ist; das Recht auf Herausgabe der Bereicherung soll gegeben sein, wenn eine Vermögensverschiebung ohne rechtlichen Grund erfolgt ist (vgl. Cosack zu § 167 I). Beide Ansprüche werden also durch einen zu Unrecht bestehenden Eingriff in fremdes Vermögen erzeugt. „Der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung steht dem des Delikts nahe; denn er setzt wie dieser voraus, daß jemand zu Unrecht einen Schaden

erlitten hat" (Cosack § 167 I). Allerdings wird die Unrechtmäßigkeit der ungerechtfertigten Bereicherung vom Gesetzgeber nicht so scharf hervorgehoben wie die des Delikts. Während dieses nämlich geradezu verboten ist — „rechtswidrig" —, wird der ungerechtfertigten Bereicherung nur negativ die Billigung des Gesetzes versagt (vgl. Cosack a. a. O.), ein Unterschied, der damit zusammenhängt, daß der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung im Gegensatz zu dem des Delikts ein Verschulden nicht voraussetzt. Ein fernerer Unterschied ist folgender: Während beim Ersatzanspruch im Vermögen des Verletzten der Zustand wiederhergestellt werden soll, der vor dem rechtserheblichen Ereignis bestanden hat, soll dies bei der Bereicherung hinsichtlich des Vermögens des Verletzenden geschehen. Es ist dies dasselbe, was Mommsen mit folgenden Worten ausdrückt: „Bei dem ersteren — dem Interesse — wird lediglich auf den Gläubiger, bei der Bereicherung allein auf den Schuldner gesehen" (bei Schulz, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 445). Endlich besteht insofern ein Unterschied, als der Bereicherungsanspruch sich nur auf solche Nachteile bezieht, die das Vermögen, nicht auch auf solche, die die Person des Geschädigten treffen (Cosack a. a. O.). Immerhin aber ist die Verwandtschaft zwischen Delikt und Bereicherung so groß, daß man Jung S. 3 Anm. 6 beistimmen muß, wenn er sagt: „Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung könnte man mindestens ebensogut oder vielmehr mit mehr Recht als quasideliktische

bezeichnen, wie man sie als quasikontraktliche behandelt hat". Diese Ansicht wird durch folgende Aussprüche Bindings gestützt: „Der Schadensersatz ... erscheint somit nur als eine Unterart der weiteren Rechtsfolge der Reparationsverbindlichkeit", der ungerechtfertigt Bereicherte behandle „Ausschnitte einer fremden Vermögenssphäre als Teile seiner eigenen", wobei die Beseitigung des Schadens durch das Aufgeben des ungerechtfertigten Vorteils stattfindet (zit. bei Jung S. 7 Anm. 18).

Dieser enge Zusammenhang zwischen Delikt und Bereicherung läßt es daher als ganz natürlich erscheinen, daß dieselben Fragen, die uns bei der condictio entgegenbreten, auch bei dem Delikt wiederkehren, nämlich die Frage nach der Konkurrenzfähigkeit des Anspruches aus unerlaubter Handlung mit anderen, namentlich vertraglichen Ansprüchen, ferner die Frage nach dem Umfang der Haftung und der Beweislast. Was die hier allein interessierende Frage der Konkurrenzfähigkeit des Deliktsanspruches mit den Vertragsansprüchen angeht, so nehmen wir an, daß dieselbe Handlungsweise, z. B. Unterschlagung eines zu verwahrenden Gegenstandes durch den Verwahrer, sowohl den Tatbestand einer verantwortlich machenden Vertragsverletzung wie eine unerlaubte Handlung zu bilden vermag (anders Krückmann in Iherings Jahrb. Bd. 52 S. 428 ff.). In dieser Hinsicht soll nach Ansicht einzelner Autoren — so Cosack § 163 I, 2 c und unter gewissen Umständen auch Endemann § 84 Anm. 22 und § 200 Nr. 1 b — immer nur der Vertrags-

anspruch Platz greifen dürfen, nach anderen soll solchenfalls immer nur ein einziger Anspruch entstehen, dessen Inhalt aber, soweit nicht die eine Norm als lex specialis die Anwendung der anderen von vornherein zurückdrängt, nach den Sätzen beider Rechtsgebiete in ihrer Gesamtwirkung bestimmt werden soll (so Hellwig, Anspruch S. 98; Rumpf, Teilnahme an unerlaubten Handlungen 1904 S. 72 ff.; Chr. Fischer, sämtlich zitiert bei Oertmann Vorbem. zu § 823 Nr. 5), eine Auffassung, die sich indes in ihrem Endergebnis mit der ersteren völlig deckt (vgl. Oertmann zu § 823).

Nach den genannten Schriftstellern ist der Deliktsanspruch gegenüber dem Vertragsanspruch somit regelmäßig subsidiärer Art. Der Grund hierfür ist nach Cosack folgender: „Die obligatorischen Verpflichtungen charakterisieren dessen — d. h. des Schuldners — Haftung in eigentümlicher Weise und begrenzen sie gleichzeitig. Man tritt deshalb dem Schuldner zu nahe, wenn man behauptet, seine Handlung wäre ein Delikt, wenn er Nichtschuldner wäre, also ist sie auch deliktisch nun da, wo er Schuldner ist" (Cosack § 163 Nr. 2 c). Ist dies aber richtig, so kann man auch mit Rücksicht auf die Konkurrenz zwischen der Bereicherung und dem obligatorischen Anspruch, da die erstere, wie wir sahen, durchaus nicht immer eine dem Schuldner günstigere Haftung erzeugt, nicht etwa sagen: Das Verhalten des in Anspruch Genommenen würde den Tatbestand der Bereicherung erfüllen, wenn er Nichtschuldner wäre, also

untersteht er auch den Grundsätzen der condictio, jetzt wo er Schuldner ist. Vielmehr muß man sagen: Mag der Schuldner seinen Verpflichtungen noch so lässig nachkommen, sein Tun ist alsdann pflicht- und vertragswidrig, es enthält aber weder ein Delikt noch auch eine Bereicherung. Zu demselben Ergebnis gelangt Schulz a. a. O. S. 481: „Die einfache Lösung ergibt sich aus der Erkenntnis, daß die sämtlichen Ansprüche, mit denen der Bereicherungsanspruch konkurrieren soll, wie dieser Ansprüche auf den Eingriffserwerb sind, in besonderer Ausprägung, mit vielleicht unnötigen Besonderheiten, aber geflossen aus dem gleichen Prinzip: Erwerb auf Grund widerrechtlicher Handlung muß herausgegeben werden. Dieses Prinzip jetzt nochmals auf denselben Tatbestand anzuwenden, wäre allerdings widersinnig; man bekäme dann neben dem schon bestehenden Anspruch auf den Eingriffserwerb einen wahren Doppelgänger". Ebenso äußert sich Endemann § 84 Anm. 22 zutreffend dahin, daß die ungerechtfertigte Bereicherung und die unerlaubte Handlung grundsätzlich nur eine subsidiäre Geltung haben, daß sie den Mangel eines wirksamen Rechtsgeschäftes voraussetzen, daß daher da, wo durch Rechtsgeschäft begründete Geschäfte vorliegen, diese allein zur Anwendung kommen. Cosack vermag sich daher nicht zu rechtfertigen, wenn er gegenüber dem Geschäftsanspruch nur den Delikts-, nicht auch den Bereicherungsanspruch ausschließt, obwohl doch für diese Gestaltung dieselben Gründe maßgebend sein sollten.

Zweiter Abschnitt.

§ 5.

Das scheinbare Gegenargument aus § 852 BGB.

Dieses die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruches mit dem Geschäftsanspruch verneinende Ergebnis wird prima facie in Frage gestellt durch die Bestimmung des § 852 Abs. 2 BGB., derzufolge der Ersatzpflichtige, der durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt hat, auch nach Vollendung der Verjährung des Ersatzanspruches zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Rückerstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet ist. Gegen den Ersatzpflichtigen des § 852 Abs. 2 läuft also eine doppelte Verjährung, nämlich die aus dem Delikt und die aus der ungerechtfertigten Bereicherung. Für diese beiden Arten der Verjährung gelten nun verschiedene Grundsätze. Die Verjährung aus dem Delikt vollendet sich in drei Jahren nach Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen, ohne Rücksicht hierauf in dreißig Jahren (§ 852 Abs. 1 BGB.); für die Bereicherungshaftung hingegen gelten die allgemeinen Verjährungsfristen der §§ 194 ff. BGB., so daß die regelmäßige Verjährungsfrist dreißig Jahre beträgt (vgl. Staudinger Vorbem. 7 zu § 812 und Anm. 6 zu § 852). Hiernach beginnt gemäß § 198 Satz 1 BGB. die Verjährung des dem Verletzten nach § 852 Abs. 2 zustehenden Bereiche-

rungsanspruches mit dem Zeitpunkt, in welchem der Verletzte nach den §§ 812 ff. BGB. zur Erhebung des Herausgabeanspruches berechtigt war (vgl. Staudinger a. a. O.; Fischer-Henle zu § 852 Anm. 10; Dernburg § 389; Crome Bd. 2 § 340 Anm. 17). Nun ist aber der Zeitpunkt, in welchem der kondiktionenmäßige Herausgabeanspruch entsteht, verschieden, je nachdem die Erlangung der Bereicherung mit der Tat zeitlich zusammenfällt oder nicht (Dernburg Bd. 2 § 389 Nr. 3). Ist das erstere der Fall, und hat ferner der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen sofort bei Begehung der Tat Kenntnis erlangt, so daß die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 BGB. sofort zu laufen beginnt, so unterliegt der Täter in den ersten drei Jahren einer doppelten Haftung, der Delikts- und der Bereicherungshaftung. Somit scheint das Gesetz die Konkurrenzfähigkeit wenigstens zwischen dem Bereicherungs- und dem — zweifellos zu den obligatorischen Ansprüchen zählenden — Deliktsanspruch zuzugeben.

Allein diese Beweisführung würde nur dann unser Ergebnis erschüttern können, wenn in § 852 Abs. 2 die Deliktshaftung sowohl den Schaden des Benachteiligten als auch die Bereicherung des Verletzten umfassen würde. Da nämlich solchenfalls zu dieser, auch die Bereicherung absorbierenden Deliktshaftung außerdem noch die besondere Bereicherungshaftung hinzutreten würde, so wäre der dem Schädiger zugefallene Vermögensvorteil unter einem doppelten Gesichtspunkt zu erlangen. — Allein es

ist eine scharfe Trennung zwischen Deliktshaftung einerseits und der Bereicherungshaftung andererseits vorzunehmen, insofern jene sich nicht auf die bei dem Verletzenden noch vorhandene Bereicherung bezieht. Allerdings meint Kohler (Patentrecht S. 568), man müsse davon ausgehen, daß im allgemeinen die Entschädigungspflicht die volle Bereicherungspflicht in sich schließe: „Wer entschädigungspflichtig ist, hat auch die volle Bereicherung herauszugeben, die über das Maß des dem Gegner erwachsenen Schadens hinausgeht. Er hat es; denn jede Entschädigung heißt: Ersatz der Bereicherung und des über die Bereicherung hinaus dem Gegner erwachsenen Schadens“. Allein diese Ansicht ist durchaus unrichtig; denn Schadensersatz leisten bedeutet lediglich die Wiederherstellung desjenigen Zustandes im Vermögen des Beschädigten, der bestehen würde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre. In diesem Begriff steckt von einer Rückgabe des Gewinns über den Schaden hinaus nichts (vgl. Schulz, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 67). „Natürlich kann der Schadensersatzberechtigte Herausgabe der Bereicherung verlangen, falls die Voraussetzungen des § 812 gegeben sind, aber man kann auch dann nicht sagen, daß das Recht auf die Bereicherung in dem Recht auf Schadensersatz enthalten sei. Es ist ein Anspruch neben dem Schadensersatzanspruch, stützt sich auf andere Normen als dieser und ist ja auch gegeben, wenn kein Schadensersatzanspruch gegeben ist. Soweit aber der Eingriffs-

gewinn nicht ‚auf Kosten' des Verletzten erlangt ist, also seinen Schaden übersteigt, ist es erst recht unverständlich, wie man das Recht auf Gewinnherausgabe als Schadensersatzanspruch bezeichnen kann" (Schulz a. a. O.). Daß es nicht angeht, den Bereicherungsanspruch durch den Ersatzanspruch absorbieren zu lassen, muß sich ferner ohne weiteres auch schon daraus ergeben, daß der letztere ein Verschulden voraussetzt, nicht aber der erstere, woraus es sich auch erklärt, daß das Gesetz den Bereicherungsanspruch als ein minus dann gewährt, wenn zwar objektiv die Voraussetzungen einer Ersatzpflicht vorliegen, jedoch das subjektive Erfordernis des Verschuldens fehlt (Crome § 321 IV und v. Mayr S. 361). Auch das Reichsgericht hat sich in Bd. 47 S. 102 in diesem Sinne ausgesprochen: „Dieser, d. h. der Anspruch auf Entschädigung, kann nicht auf Herausgabe des aus jenem unlauteren Gebrauch der Ausstattung (Warenzeichengesetz § 15) gezogenen Gewinnes gehen; denn die Entschädigung umfaßt nicht ohne weiteres die Bereicherung, welche aus der widerrechtlichen Handlung gezogen ist. Entschädigung und Bereicherung sind rechtlich verschiedene Begriffe". Es ist daher auch durchaus unzutreffend, wenn Hartmann im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 236 meint, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im § 852 einen Bereicherungsanspruch für alle diejenigen Fälle gegeben habe, in denen in einem Anspruch auf Schadensersatz aus schuldhaftem Handeln ein weniger weitgehender Bereicherungsanspruch enthalten und der Schadensersatzanspruch

mit Ablauf von drei Jahren gegeben sei. Wiewohl beide Ansprüche, wie **Hartmann** im übrigen ganz richtig ausführt, auf einem Nichtbehaltendürfen beruhen, so beziehen sie sich doch auf ganz verschiedene Gegenstände. „Das Besondere dieses Falles ist also darin gelegen, daß das Gesetz der unerlaubten Handlung nicht die Bedeutung beimißt, daß sie den dadurch erzeugten Tatbestand vollkommen absorbiert, sondern nur zu den sonst dadurch begründeten Verpflichtungsverhältnissen ein neues Verpflichtungsmoment hinzufügt" (v. **Mayr** S. 360).

Wir gingen bei Feststellung des dem § 852 zugrunde liegenden Prinzips von der Voraussetzung aus, daß die Verjährungsfrist des hier zugelassenen Bereicherungsanspruches mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem der Anspruch auf Herausgabe entstanden ist. Nur bei dieser Voraussetzung konnte ein Zweifel entstehen, ob unsere obige, die Unzulässigkeit der condictio neben dem Geschäftsanspruch aussprechende Auffassung richtig sei. Ein solcher Zweifel ist aber vollends von vornherein überhaupt unmöglich, wenn man mit **Strohal** in Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 363 den § 775 des 2. Entw., den jetzigen § 852 BGB., also auslegt: „Der Ersatzanspruch des durch eine unerlaubte Handlung Verletzten gegen den Ersatzpflichtigen verjährt möglicherweise erst in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an. Selbst nach Vollendung dieser Verjährung steht aber dem Verletzten, sofern der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erhalten hat, noch immer die Be-

reicherungsklage zu. Der Entwurf scheint also annehmen zu wollen, daß der Bereicherungsanspruch des Verletzten gegen den Ersatzpflichtigen erst mit dem Augenblick begründet wird, in welchem der Ersatzanspruch verjährt ist, so daß infolgedessen noch durch weitere dreißig Jahre auf Herausgabe der Bereicherung geklagt werden kann. Praktisch kommt es also darauf hinaus, daß der Anspruch des Verletzten gegen den Verletzer bezw. dessen Erben auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung möglicherweise erst in sechzig Jahren von Begehung der unerlaubten Handlung an verjährt".

Hiernach würde von einer Konkurrenz des Delikts- und Bereicherungsanspruches überhaupt keine Rede sein können, da ihre Geltendmachung insofern zeitlich auseinanderfällt, als die condictio des Verletzten erst mit dem Augenblick begründet wird, in welchem der Ersatzanspruch verjährt ist. Wenn wir nun Abstand davon genommen haben, jenes, unserem Ergebnis scheinbar widersprechende Argument des § 852 BGB. mit diesem von Strohal angeführten Gesichtspunkt ohne weiteres aus dem Wege zu räumen, so geschah es deshalb, weil Strohal den § 852 Abs. 2 nicht richtig ausgelegt hat. Er gesteht ja auch selbst zu, daß jene Folgerung eine „Ungeheuerlichkeit" darstellen würde. Gewiß ist es richtig, wenn Strohal sagt, daß selbst nach Vollendung der Verjährung des Ersatzanspruches dem Verletzten möglicherweise die Bereicherungsklage noch zusteht; denn da die Entstehung des Anspruches aus § 812 BGB. nicht

notwendig mit der Begehung der unerlaubten Handlung zusammenfällt, vielmehr erst später erwachsen kann, so ist, wenn die dreißigjährige Verjährungsfrist des Ersatzanspruches vollendet ist, solchenfalls der Bereicherungsanspruch immer noch zulässig. Lediglich an diesen Fall hat das Gesetz gedacht, wenn es in § 852 Abs. 2 ausspricht, daß mit der Verjährung des Ersatzanspruches nicht auch ohne weiteres der Bereicherungsanspruch verjährt ist (vgl. Oertmann § 852 Nr. 3 b); keinesfalls aber sollte zum Ausdruck gebracht werden, daß die condictio regelmäßig erst mit der Verjährung des Ersatzanspruches zur Entstehung gelangen soll. „Von dem Augenblick an, da die Voraussetzungen für den Bereicherungsanspruch gegeben sind, läuft dessen dreißigjährige Verjährung, unbekümmert um die vielleicht eingetretene oder vollendete Verjährung eines auf eine andere Art zu begründenden Anspruches auf eine inhaltlich übereinstimmende Leistung, so daß § 852 BGB. so zu verstehen wäre, daß auch nach der Verjährung der Deliktsklage ein etwa für sich begründeter Bereicherungsanspruch selbstverständlich seine eigene Verjährung vollführe" (Stammler S. 38). Nur dann, wenn die Entstehung des Bereicherungsanspruches mit der Begehung der Handlung zusammenfällt, verjährt auch er in dreißig Jahren (vgl. Oertmann § 852). Die Strohalsche Interpretation des § 852 BGB. ist demnach zur Widerlegung jenes scheinbaren Gegenarguments unbrauchbar.[1])

---

[1]) Nachdem wir die condictio im obigen in Ansehung der vom

Dritter Abschnitt.

§ 6.

Die Anwendbarkeit der condictio auf Ansprüche, die aus dem Rahmen des Geschäftsanspruches hinausfallen.

Wenn wir nach unserer Darstellung die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruches mit dem obligato-

---

Gläubiger geforderten Gegenleistung neben einem obligatorischen Anspruch für unzulässig erklärt haben, fragt es sich, ob der Gläubiger nicht wenigstens die eigene, von ihm bereits vollzogene Leistung, an deren Wiedererlangung er allerdings nicht dasselbe Interesse hat wie an der Vollziehung der Gegenleistung, zurückkondizieren kann. Allein auch dies scheitert daran, daß die angebliche Bereicherung — die bewirkte Leistung — nicht „grundlos" ist. Denn „es ist nie eine grundlose Bereicherung, wenn jemand etwas aus einem gültigen Vertrage bekommt, bei gegenseitigen Verträgen auch dann nicht, wenn er seine Gegenpflicht nicht leistet oder gar durch Zufall ganz davon frei wird. Wegen Nichterfüllung der Gegenpflicht kann daher nie das Gegebene kondiziert werden, sondern nur auf Erfüllung oder Schadensersatz oder gar nicht geklagt werden". (Holtzendorff, Enzykl. S. 529; ebenso Oertmann Vorbem. zu § 812 ε S. 1023; Endemann § 198 Anm. 20): „Alle Versuche, hier einen Bereicherungsanspruch zu begründen, sind nach der vom BGB. aufgestellten Rechtsordnung abzuweisen". Und ferner: „Erst dann, wenn die Verpflichtung zur Gegenleistung durch einen zufälligen Umstand aufgehoben wird, kann der Gegner, weil jetzt auch der Rechtsgrund seiner Verpflichtung weggefallen ist, seine bereits vollzogene Leistung zurückfordern" (Endemann a. a. O. Nr. 3). Solche Fälle stellen die oben bereits teilweise aufgeführten Fälle der §§ 323 Abs. 3, 327, 513 Abs. 2, 628 Abs. 1 Satz 3 dar (Endemann § 63

rischen Geschäftsanspruch verneint haben, so ist damit das Problem noch nicht völlig gelöst. Wir haben nämlich

Anm. 20). Denselben Standpunkt vertreten auch die Mot. Bd. 2 S. 842. Hierhin gehört auch der in der Praxis sehr häufige Fall, dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises den Anspruch aus § 812 zur Seite zu stellen. Dies ist einmal ein Überrest aus der Zeit der Eventualmaxime, derzufolge jede Partei bei Strafe der Präklusion genötigt war, alle Behauptungen, die sie überhaupt im Prozeß geltend machen wollte, in omnem eventum bis zu einem bestimmten Zeitpunkt anzuführen. Im übrigen soll hierdurch für den Fall, daß der Kaufanspruch aus irgendeinem Grunde, z. B. Nichtigkeit des Vertrages, nicht gerechtfertigt ist, die Möglichkeit einer Klageänderung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung erhalten bleiben. (Nach Seufferts Arch. Bd. 50 Nr. 128 wäre die Klageänderung auch ohne die Klausel zulässig.) Jedenfalls greift aber solchenfalls die condictio erst dann Platz, wenn der Kaufanspruch versagt. — Zu jenen von Endemann bekämpften Versuchen gehört auch der, die konditionenmäßige Rückforderung einer in Erfüllung des Vertrags erfolgten Leistung damit zu begründen, daß „der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg" nicht eingetreten sei (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die Rückforderung der Leistung aus diesem Gesichtspunkte würde voraussetzen, daß man den „bezweckten Erfolg" des § 812 als Bestandteil der Vertragsverpflichtung betrachtet. Dies ist aber keineswegs der Fall; vielmehr handelt es sich hier um einen, über den typischen Inhalt des Rechtsgeschäftes hinaus von den Parteien gesetzten, besonderen, subjektiven Zweck. „Der Bereicherungsanspruch — des § 812 Abs. 1 Satz 2 — beruht auf der vereinbarten Abhängigkeit der Leistung von einem subjektiven, außerhalb des eigentlichen Vertragsinhalts stehenden Zweck" (Endemann § 198 Anm. 34 S. 1242). Wenn also die Parteien nur diejenigen Abreden treffen, die dem Vertrag sein eigentümliches Gepräge als Kauf usw. verleihen, so kann diejenige Partei, die die Gegenleistung

bisher nur diejenigen Fälle ins Auge gefaßt, in denen der Geschäftsanspruch einen seinem Wesen entsprechenden Inhalt hat. „Aus dem Geschäfte fließen, in den Geschäftsinhalt fallen aber nicht nur die zum wirksamen Bestande des Geschäfts überhaupt erforderlichen Momente, die sogen. essentialia negotii, sondern auch die naturalia und accidentalia negotii; denn auch die Unterwerfung unter diese Voraussetzungen bildet einen notwendigen und unentbehrlichen Bestandteil jedes Vertragsschlusses; auch ihre rechtlichen Folgen stellen einzig und allein Folgen des speziellen Vertragsrechts dar" (v. Mayr S. 365). Was speziell die naturalia negotii angeht, so könnte (vgl. Iherings Jahrb. Bd. 4 S. 256) mit Rücksicht darauf, daß die Parteien sich bei den Verhandlungen nur über das aussprechen, was sie beabsichtigen, nicht darüber, was sie nicht beabsichtigen, und ferner jene negative Seite ihres Kontraktwillens hauptsächlich in solchen Möglichkeiten zur Sprache kommt, an welche nicht im voraus gedacht worden ist, die Vorstellung entstehen, als „gingen die in solchen Fällen zur Anwendung kommenden Grundsätze nicht aus der inneren Konsequenz

---

nicht erhält, ihre eigene Leistung nicht etwa wegen Nichteintritts des mit ihr verbundenen „Zweckes" kondizieren. Ebenso RG. in JurW. 1903 Beil. 24, zit. bei Neumann § 812 Anm. 7: „Was auf Grund vertraglicher Abmachungen weggegeben wird, wird vom Empfänger nicht auf Kosten des Weggebenden erlangt, weil der Weggebende seinen vertraglichen Gegenanspruch behält; gleichgültig ist, ob dieser Gegenanspruch befriedigt wird oder aus tatsächlichen Gründen unbefriedigt bleibt". (Vgl. auch Entsch. d. OLG. Dresden, zit. im Sächs. Arch. Bd. 13 S. 232.)

des speziellen Rechtsverhältnisses hervor, sondern beruhten dieselben vielmehr auf einem selbständig neben den besonderen Rechtsverhältnissen stehenden Generalprinzip, daß sich in abstracto niemand mit des anderen Schaden bereichern solle, und als sei dieses Generalprinzip eben darin sichtbar und wirksam, daß beim Mangel ausdrücklicher, vertragsmäßiger Bestimmungen Restitutions- und Ausgleichungsansprüche in den mannigfaltigsten Richtungen sich geltend machen lassen". Allein die historische Entwicklung, die, soweit es sich um diese Frage handelt, bereits im gemeinen Recht vollendet war, hat dahin geführt, daß „das Recht für die näher oder ferner liegenden Eventualitäten der gangbarsten Geschäftsformen das dem zweckmäßigen Kontraktwillen Entsprechende ein- für allemal festgesetzt und so den Interessenten die Möglichkeit gegeben hat, in einem Augenblick und mit wenigen Worten ein für alle Fälle geregeltes und fixiertes Rechtsverhältnis unter sich in das Leben zu rufen ... Diese ein für allemal feststehenden, ursprünglich auf Willensinterpretation beruhenden Naturalien sind nun gerade ein integrierender, und zwar ein höchst wesentlicher Teil des Kontraktwillens ..." (a. a. O.). Daher „können auch die rechtlichen Folgen derselben einzig und allein als Folgen des speziellen Vertragsrechts behandelt werden, nicht als abgesonderte Ausflüsse einer abstrakten, jedes Maßstabes entbehrenden aequitas. Es versteht sich hiernach von selbst, daß zur Geltendmachung solcher, durch Stillschweigen zum Inhalte des konkreten Vertragswillens

gemachten Naturalien eben nur die Kontraktsklage dienen kann“ (a. a. O. S. 259). Daß die ausdrücklich von den Parteien getroffenen Abänderungen des normalen Vertragsinhalts, also die sogen. accidentalia negotii, unter den Inhalt des speziellen Vertrags fallen, leuchtet ohne weiteres ein. In allen diesen Fällen handelt es sich nämlich um Ansprüche, die in den ordentlichen Rahmen des Geschäftsanspruchs hineinfallen, mögen sie auf Erfüllung oder Aufhebung des Rechtsgeschäfts hinzielen. Als Beispiel für die in den Geschäftsinhalt hineinfallenden, die Aufhebung des Vertrages bezweckenden Ansprüche diene der Anspruch des Schuldners auf Befreiung von seiner Verpflichtung in Fällen unverschuldeter Unmöglichkeit. Sein Anspruch auf Aufhebung des Vertrags rechtfertigt sich ohne weiteres aus der schon für das gemeine Recht Platz greifenden natürlichen Kontraktsauslegung, daß sich der Schuldner für den Fall zufälliger Unmöglichkeit zu Weiterem nicht habe verpflichten wollen, was dann weiter dazu führt, daß die Verpflichtung, für den Zufall zu haften, ausdrücklich übernommen sein muß (impossibilium nulla est obligatio) (vgl. Iherings Jahrb. Bd. 4 S. 266).

Hiernach kann die condictio, sofern der jeweilige Anspruch zu dem Geschäftsinhalt gehört, nicht Platz greifen. Anders ist die Sachlage, wenn es sich um einen aus dem Rahmen des Geschäftsinhaltes hinausfallenden Anspruch handelt. Hier ist die Anwendbarkeit der condictio nähergerückt, und zwar namentlich für solche

Fälle, in denen ein Rückforderungsanspruch in Frage steht, für den der Geschäftsanspruch entweder nicht mehr ausreicht oder wegen Nichtzustandekommens eines gültigen Rechtsgeschäfts überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist (vgl. v. Mayr S. 366).

Auszuschalten sind hier natürlich diejenigen Fälle, in denen wegen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Geschäfts die rechtsgeschäftlichen Verfügungen als nicht geschehen zu erachten sind. Hier hat eine Vermögensverschiebung im Rechtssinne gar nicht stattgefunden. Für diese Fälle bedarf es daher der eine Vermögensverschiebung voraussetzenden Bereicherungsklage nicht. „Im allgemeinen ist der Bereicherungsanspruch nicht vonnöten, wenn die Anfechtung vollzogen ist, bevor auf Grund des angefochtenen Geschäfts eine Leistung erfolgte. Die Anfechtung und die ihr gleichstehenden Erscheinungen machen daher den Bereicherungsanspruch überflüssig, insofern sie bewirken, daß das Erlangen auf Kosten des anderen als nicht geschehen gilt“ (Neumanns Jahrb. 2, Bd. 1 S. 482 zu § 812 Nr. c). Allein auch dann, wenn bereits in Verfolg des nichtigen oder des angefochtenen Geschäfts geleistet wurde, ist u. E. die condictio nicht am Platze, da durch die Anfechtung ipso iure der frühere Zustand wieder eintritt, die etwaige Rechtsverschiebung daher als nicht erfolgt gilt. Nur dann, wenn die hingegebene Sache durch einen originären Erwerbsakt, z. B. Spezifikation usw., in das Eigentum des Gegners übergegangen, oder wenn sie an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert

worden ist, ist Raum für die condictio gegeben. (So schon für das gemeine Recht Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 320 S. 455; and. M. Oertmann Vorbem. zu § 812 S. 1024; Neumanns Jahrb. 2, Bd. 1 S. 482 zu § 812 Ziff. 11 Nr. c.)

Allein auch abgesehen von Nichtigkeit und Anfechtung sind Fälle denkbar, die eine Beseitigung bereits eingetretener Rechtsfolgen gerecht erscheinen lassen. Hier gewinnt die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Geschäfts- und Bereicherungsanspruch praktische Bedeutung, insofern beide sich in dem Anspruch auf Rückforderung treffen. Als Beispiel hierfür diene der in der Literatur äußerst bestrittene Fall, daß der Kaufpreis nach Eintritt der dem Vertragsschluß beigefügten Resolutivbedingung zurückverlangt wird. Soll hier der Kauf- oder der Bereicherungsanspruch Anwendung finden? Die Zuerkennung des einen oder des anderen Anspruchs erlangt praktische Bedeutung namentlich in dem Falle, daß die unter der Resolutivbedingung übergebene Kaufsache vor Eintritt der Bedingung beim Käufer zufällig untergeht oder zufällig beschädigt wird, und nunmehr der Käufer den bereits gezahlten Kaufpreis zurückverlangt. „Inwieweit er — der Verkäufer — den empfangenen Kaufpreis zurückzuerstatten hat, obwohl der Käufer wegen des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung der Sache diese gar nicht oder nur in verändertem Zustande zurückgeben kann, hängt davon ab, ob die durch den Eintritt der auflösenden Bedingung entstehenden Ver-

pflichtungen auf dem Kaufvertrag oder auf der ungerechtfertigten Bereicherung beruhen. Ist ersteres anzunehmen, so geht der Käufer des Anspruchs auf Rückerstattung des Kaufpreises gemäß § 323 BGB. ganz oder teilweise verlustig, andernfalls hat der Verkäufer den ganzen Kaufpreis zu erstatten (§ 820 BGB.). Die letztgedachte Auffassung dürfte den Vorzug verdienen" (Planck § 446 Nr. 2 c β; zustimmend Oertmann zu § 446 Nr. 6 b β; Cosack § 122 Nr. 9; Grünhuts Zeitschr. Bd. 28 S. 260; and. M. Crome § 213, 3 a und Anm. 39, Endemann § 157 Anm. 10; Staudinger § 446 I, 3 b). Daß die erste Auffassung zugunsten der Zulässigkeit der condictio (ob causam finitam) unseren Anschauungen entspricht, kann nach den vorangestellten Grundsätzen, denen zufolge bei Nichtzustandekommen des Rechtsgeschäfts eine Geschäftsklage überhaupt niemals entstanden, sondern lediglich die condictio möglich ist, nicht zweifelhaft sein. Die Rückforderung des Kaufpreises nach Eintritt der Resolutivbedingung kann nicht zum normalen Inhalt der Kaufklage gehören, da diese auf den vorliegenden Tatbestand gar nicht mehr anwendbar ist; denn „nach § 158 Abs. 2 BGB. hört mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf", so daß der Tatbestand des Kaufes aus der Welt geräumt ist. „Der Verkäufer hat also den empfangenen Kaufpreis ohne Rechtsgrund in seinem Vermögen. Er muß ihn daher zurückerstatten, d. h. er trägt die Gefahr. Man denke nur an den Fall, in dem beim Eintritt der Be-

dingung der Kaufpreis noch nicht beglichen wäre. Hier braucht offenbar der Käufer auf Grund des nunmehr ja wirkungslos gewordenen Rechtsgeschäfts nichts zu zahlen. Warum sollte er schlechter stehen, wenn er vor Eintritt der Bedingung seine Verbindlichkeit bereits erfüllt hatte?" (Grünhuts Zeitschr. a. a. O.)

Ein weiteres Beispiel, in dem es zweifelhaft sein kann, ob die Rückforderung durch den Geschäfts- oder Bereicherungsanspruch zu erfolgen hat, ist das der Rückforderung des Lohnvorschusses von dem Dienstverpflichteten wegen eigenmächtigen Verlassens des Dienstes. Hier soll nach v. Mayr (S. 367) ausschließlich die Geschäftsklage Platz greifen, nicht die Klage aus §§ 812 ff. BGB. Wir können dieser Ansicht nicht beipflichten, meinen vielmehr, daß die Art der Rückforderungsklage sich nach dem jeweiligen Charakter des Lohnvorschusses richten muß. Dieser ist in der Regel lediglich eine Vorausleistung, die in der Erwartung von Gegenleistungen erfolgt. Ein Darlehn liegt in der Regel deshalb nicht vor, weil die Absicht der Parteien keineswegs auf eine Verpflichtung des Empfängers zur Rückerstattung gerichtet ist, sondern lediglich auf die Entlohnung für eine vom Lohnberechtigten geleistete oder noch zu leistende Tätigkeit, also auf Befreiung des Gebers von einer ihn treffenden, wenn auch noch nicht fälligen, oder auch erst als künftig entstehend vorgestellten Verpflichtung (Oertmann Vorbem. 7 zu § 607 BGB.). Die Hingabe erfolgt also im Regelfall solvendi, nicht credendi causa

(Staudinger zu § 607 Ic und Neumanns Jahrb. 2. Jahrg. Bd. 1 zu § 607 Nr. 4). Der vom Dienstberechtigten eingezahlte Lohnvorschuß ist solchenfalls also Leistung oder Teilleistung aus dem Dienstvertrage. Sie wird nur dann als Darlehn aufzufassen sein, wenn sie nicht etwa für bestimmte Dienstleistungen und Auslagen hingegeben wird, sondern auf besondere Bitte als Vorschuß auf eine noch nicht fällige Gehaltsrate bewirkt worden ist (vgl. Staudinger a. a. O.; Kuhlenbeck in JurW. 1904 S. 402). Je nachdem nun der Vorschuß als Darlehn oder als vertragliche Leistung zu Erfüllungszwecken gedacht ist, gestaltet sich auch die Rückforderung verschieden. Für den ersteren Fall kann an dem Platzgreifen der Darlehnsklage — und der dadurch bewirkten Unzulässigkeit der condictio — kein Zweifel sein. Was den zweiten Fall angeht, so leuchtet die Unzulässigkeit der Darlehnsklage ohne weiteres ein (vgl. Oertmann a. a. O.). Aber auch die Klage aus dem Dienstvertrag ist dem Dienstherrn versagt; denn wenn auch der Vorschuß eine rechtsgeschäftliche Leistung ist, deren Zweck einzig und allein durch das vertragswidrige Verhalten der anderen Partei vereitelt worden ist, so läßt sich doch nicht behaupten, daß der Anspruch auf Rückerstattung in den normalen Geschäftsinhalt der Vertragsklage hineinfällt. Diese ist vielmehr lediglich auf Vollziehung der Leistung, d. h. der Dienste gerichtet. Während daher bei einem unter einer Resolutivbedingung geschlossenen Kaufvertrag wenigstens die Auffassung denkbar ist, daß die Rückforderung der

Kaufsache nach Eintritt der Bedingung als ein von vornherein in den Erklärungsinhalt des Geschäfts aufgenommener Bestandteil des Kaufabschlusses mit der Kaufklage begehrt werden könne, ist u. E. hier ein solcher Gedanke schon von vornherein nicht möglich, da die Parteien beim Geschäftsabschluß diese Eventualität gar nicht in den Geschäftsinhalt hineingezogen haben. Vielmehr liegt hier der typische Fall des § 812 Abs. 1 Satz 2 vor, indem der rechtliche Grund der Leistung später fortgefallen ist: der Rechtsgrund des Behaltendürfens auf seiten des Dienstverpflichteten ist nicht mehr da; er unterliegt daher der condictio ob causam finitam bezw. der condictio causa data causa non secuta (Oertmann Vorbem. zu § 607 Nr. 7 und JurW. 1904 S. 403).

§ 7.

Vierter Abschnitt.

B. Konkurrenz des Bereicherungsanspruchs mit dem dinglichen Anspruch.

Wir verlassen das Gebiet der obligatorischen Geschäftsansprüche, um uns den dinglichen Ansprüchen, d. h. also namentlich der Konkurrenz zwischen der Bereicherungs- und der Eigentumsklage zuzuwenden. Hier finden wir die Tendenz, die condictio nur subsidiär Platz greifen zu lassen, stärker ausgeprägt als bei ihrem Verhältnis zur obligatorischen Klage. Dies zeigt sich z. B. in

Endemanns Ausführungen, denen zufolge der Bereicherungsanspruch nur in dem Sinne subsidiär ist, als er erst mit dem Wegfall der dinglichen Ansprüche auf Herausgabe der Sache zur Entstehung gelangt (Endemann § 198 Nr. 2a). „Nur in diesem Sinne habe ich bisher die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches behauptet“ (a. a. O. Anm. 12), und ferner „die subsidiäre Geltung des Bereicherungsanspruchs bezieht sich nur auf sein Verhältnis zu den dinglichen Ansprüchen“ (a. a. O. Nr. 2c S. 1238). Dieser Standpunkt Endemanns erregt insofern Erstaunen, als man meinen sollte, daß mit der Anerkennung der Subsidiarität der condictio gegenüber der rei vindicatio ohne weiteres deren Subsidiarität auch gegenüber rein obligatorischen Ansprüchen zugestanden werden müßte; denn auch bei der rei vindicatio handelt es sich letzten Endes doch immer nur um ein gewöhnliches Schuldverhältnis des § 241 BGB. mit sachenrechtlicher Unterlage. Sofern nämlich die „dinglichen Ansprüche sich gegen eine bestimmte Person richten und von dieser eine Leistung verlangen, nehmen sie einen obligationsähnlichen Charakter an. Diese Ähnlichkeit rechtfertigt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Obligationsrechtes auf die gegen eine bestimmte Person sich richtenden dinglichen Ansprüche“ (Mot. Bd. 3 S. 398 ff.; ebenso Hellwig, zit. in Bernhöffts Beitr. 6. Heft 1905 S. 428). Tatsächlich finden wir denn auch bei fast allen Schriftstellern eine Gleichheit der Behandlung des obligatorischen und dinglichen An-

spruchs in ihrem Verhältnis zur condictio. — Was nun zunächst das gemeine Recht angeht, so war die Subsidiarität der condictio gegenüber der rei vindicatio allgemein anerkannt. Die condictio galt bloß als ein Surrogat der vindicatio und setzte voraus, daß derjenige, dem die Sache abgefordert werden sollte, Eigentümer war (vgl. Seufferts Arch. Bd. 16 Nr. 10, Bd. 36 Nr. 131, sogen. Vindikationstheorie). Der condictio des Eigentümers stand schon das eine rein formale Bedenken im Wege, daß er nicht auf ein dare oportere — dare im Sinne einer Eigentumsverschaffung — klagen konnte.

Für das geltende Recht kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Bereicherungsklage, wie gegenüber einem obligatorischen Anspruch, auch gegenüber der dinglichen Klage subsidiär ist (vgl. Landsberg Bd. 3 S. 674; Crome § 317 Anm. 30). „Eine Bereicherung durch Erwerb von Sachen liegt überhaupt nicht vor, soweit die Sachen dem Empfänger abvindiziert werden können." (Crome a. a. O.; ebenso Fischer-Henle zu § 812 Anm. 9); desgleichen v. Mayr S. 388 ff.: „Was aber die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruches mit dem Eigentumsanspruch anbetrifft, so ist sie jedenfalls insoweit zu bejahen, als der Eigentümer sich auf den Besitzbereicherungsanspruch zurückzieht. Darüber hinaus ist jedoch die Frage auch hier zu verneinen. . . Auch heute noch schlägt der dieser Erwägung zugrunde liegende materielle Rechtsgedanke durch, daß nicht rechtlich auf Kosten des anderen bereichert ist, wer diese angebliche

Bereicherung dem Bereicherten ohnedies kraft dinglichen Rechtszwanges herauszugeben verpflichtet ist. . . Solange daher der Benachteiligte sein Eigentum behauptet, kann der Bereicherte ihm gegenüber nur durch den ungerechtfertigten Besitz bereichert sein usw." (And. A. die meisten S. 7 ff. genannten Schriftsteller.)

Die Subsidiarität der condictio gegenüber der rei vindicatio ergibt sich des ferneren aus positiven Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches selbst. Dieses hat nämlich in § 951 — Verbindung, Vermischung und Verarbeitung — sowie im § 977 — Eigentumsverlust am verlorenen Gegenstand durch Erwerb seitens des Finders — die condictio mit dem Augenblick des eingetretenen Rechtsverlustes als anwendbar erklärt. Wäre nun die condictio auch schon vorher, d. h. vor Eintritt des Rechtsverlustes neben der rei vindicatio zulässig gewesen, so wären die Bestimmungen der §§ 951, 977 überflüssig gewesen. Es wäre damit ja nur zum Ausdruck gebracht worden, daß der auch schon vor Eintritt der Rechtsänderung zulässig gewesene Kondiktionsanspruch auch nach deren Vollzug weiter bestehen bleibt, eine Feststellung, die durchaus nicht notwendig wäre, da zur Annahme des Gegenteils — nach der entgegengesetzten Auffassung — kein Anlaß vorliegt. Man kann diese Beweisführung im Sinne der gegenteiligen Lehre nicht dadurch entkräften, daß man die Bestimmung des § 951 deshalb als notwendig bezeichnet, weil hier entgegen der allgemeinen Bestimmung des § 818 Abs. 1 niemals die

Herstellung des früheren Zustandes, sondern nur Vergütung in Geld beansprucht werden kann (vgl. Planck § 951 Anm. 1 c). Dies würde der Fassung des § 951 widersprechen, der in erster Linie überhaupt die Zulässigkeit der condictio feststellen will und erst in zweiter Linie den Inhalt des Anspruchs regelt.

Fünfter Abschnitt.

§ 8.

Erzeugt der kraft Gesetzes eintretende Eigentumsverlust jedesmal, oder nur in den gesetzlich bestimmten Fällen einen Bereicherungsanspruch?

Es fragt sich nun weiter, ob diejenigen, im Gesetz genau bezeichneten Fälle, in denen als Ersatz der verloren gegangenen rei vindicatio eine condictio gewährt wird, die einzigen mit der ausgleichenden condictio versehenen Tatbestände sind, oder ob sie nur einzelne, namentlich hervorgehobene Anwendungsfälle eines allgemeinen Prinzips sind, demzufolge der Verlust der rei vindicatio stets den Bereicherungsanspruch nach sich zieht. Da nun in jenen ausdrücklich im Gesetz bezeichneten Fällen — §§ 951, 977 BGB. — der Eigentumsverlust sich kraft Gesetzes vollzieht, so kann man diesen Gedanken auf die Frage zurückführen: Hat der kraft Gesetzes eintretende Eigentumsverlust jedesmal, oder nur in den gesetzlich bestimmten Fällen den persönlichen Bereicherungsanspruch zur Folge?

Von praktischer Bedeutung wird die Beantwortung dieser Frage namentlich für die §§ 955, 964 BGB., für welche im Gesetz die Zulässigkeit der condictio nicht ausdrücklich festgestellt ist.

Jene Frage wird man aber erst dann richtig beantworten können, wenn man sich vorher darüber klar geworden ist, ob der kraft Gesetzes eintretende Rechtsverlust als ein des rechtfertigenden Grundes entbehrender anzusehen ist oder nicht.

Im 1. Entwurf fand sich noch in § 748 Abs. 2 die Bestimmung, daß solchenfalls der Rechtsverlust des rechtlichen Grundes nicht entbehre, während die 2. Kommission jene Bestimmung gestrichen hat (Prot. Bd. 2 S. 686); allerdings, wie die Protokolle dort hervorheben, nicht aus prinzipiellem Widerspruch, sondern weil diese Vorschrift in ihrer Allgemeinheit nicht richtig sei: „denn wenn sie auch für das Verhältnis zwischen dem Verlierenden und dem Erwerbenden zutreffe, so sei dies doch nicht der Fall für das Verhältnis zwischen dem Verlierenden und einem Dritten, dessen unberechtigte Verfügung vermöge der den guten Glauben schützenden Vorschriften einen dem Berechtigten gegenüber wirksamen Erwerb und deshalb den Rechtsverlust des bisherigen Berechtigten zur Folge gehabt habe" (Prot. Bd. 2 S. 686). Nun meint zwar Jung (S. 34ff.), daß jene Vorschrift nicht nur in ihrer Allgemeinheit unrichtig sei, sondern sie sei überhaupt nicht richtig. Sie beruhe auf einer Verkennung des Wesens des hier fraglichen rechtlichen

Grundes. „Als Anwendungsfälle der Regel werden dort angeführt einerseits — nämlich als Fall, wo die Vorschrift über den Rechtsverlust allerdings auch die Vermögensverschiebung rechtfertige — die Ersitzung, andrerseits — nämlich als Fall, wo die condictio ausdrücklich gegeben werden müsse — die Verbindung, Vermischung, Verarbeitung. Nun, für den Eigentumserwerb des Verarbeiters am Arbeitsprodukt lassen sich m. E. auch ‚Gründe für den Erwerb auf der einen und den Verlust auf der anderen Seite‘ anführen; in Richtung etwa der sozialistischen Lehren, daß die Arbeit allein den Wert schaffe, und daß das Stoffeigentum immer lediglich ein Okkupationseigentum sei. Und umgekehrt läßt sich bei der Ersitzung ganz wohl begründen, daß der ersessene Wert kondizierbar bleiben müsse. Worin soll denn hier bei der Ersitzungslage der Grund für den Erwerb auf der einen und den Verlust auf der anderen Seite liegen? Etwa in der Lässigkeit bei Geltendmachung der eigenen Rechte auf seiten des bisherigen Eigentümers? Ebensogut könnte man folgendermaßen sagen: Der Grund der Ersitzungsvorschrift ist lediglich die Notwendigkeit, die Wertverteilungsverhältnisse für Dritte durch die Abschneidung zu weit zurückgehender Beweiserhebungen und durch ein schließliches Beseitigen der für Dritte in dem Auseinanderhalten von Tatsachenlage und Rechtslage liegenden Täuschungsmöglichkeit klarzustellen. Das ist aber offenbar ein Grund mehr jener zweiten, in der oben angeführten Stelle aus den Motiven genannten Art;

nämlich der Gesichtspunkt ist genommen von dem Verhältnis der Beteiligten zur Gesamtheit und nicht aus ihrem Verhältnis zueinander, weil in diesem ‚ein rechtlicher Grund für den Erwerb auf der einen und für den Verlust auf der anderen Seite vorläge‘; und das würde eben für die Zulassung der condictio im Falle der Ersitzung sprechen. Ich behaupte auch ruhig, daß bei der Ersitzung die Konditionslage ebenso an sich gegeben wäre, und daß es nur weitere Erwägungen aus dem Zwecke des Instituts sind, die die condictio ausschließen, daß nämlich ein Rückgriff auf die Zeit vor zehn Jahren nunmehr auch auf das obligatorische Verhältnis zum Ersitzungsgegner ausgeschlossen sein soll, damit auch nicht so indirekt die seinerzeitige Erlangung der Sache wieder beweisfällig werden kann.“ Tatsächlich gibt es denn auch Schriftsteller, die eine condictio gegen den durch die Ersitzung berechtigt Gewordenen zulassen. So heißt es in Jherings Jahrb. Bd. 16 S. 276, daß bei der Ersitzung die Sache nicht anders liege als bei der Akzession, Spezifikation, Konsumtion; der bisherige Eigentümer verliere, der neue gewinne. Solle einmal der Gewinn auf Kosten des Eigentümers dem letzteren schlechthin einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gewähren, so müsse dies dort ebensogut gelten wie hier. (And. M. Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 365; Sächs. Arch. Bd. 7 S. 660, Bd. 9 S. 2 a. E.; für die bedingte Zulassung der condictio gegen den durch die Ersitzung berechtigt Gewordenen Oertmann im Recht 1910 S. 585.)

Wir möchten nicht so weit gehen wie Jung, demzufolge grundsätzlich jeder kraft Gesetzes sich vollziehende Eigentumserwerb des rechtlichen Grundes entbehrt. Vielmehr meinen wir mit den Motiven (Bd. 2 S. 852), daß in jedem einzelnen Falle, in welchem das Gesetz nicht durch ausdrückliche Vorschrift uns der Prüfung überhebt, untersucht werden muß, ob der Rechtsverlust des bisherigen Berechtigten zugleich einen Vermögensverlust desselben — durch Versagung der condictio — nach sich ziehen soll oder nicht. Hierbei soll sich nach Schollmeyer (Bd. 2 S. 106) die Prüfung auf zwei Punkte erstrecken: Einmal, ob aus den Beziehungen der Interessenten zu einander sich ein Grund dafür ergebe, daß der Erwerb auf Kosten des bisher Berechtigten gemacht werde — was regelmäßig nicht der Fall sei —, und weiter, ob etwa aus den gesetzgeberischen Erwägungen, die zur Einführung der den Rechtsverlust bewirkenden Bestimmungen führen, ein solcher Grund zu entnehmen sei. Hierauf sei deshalb besonders Gewicht zu legen, weil es sich eben um einen Rechtserwerb kraft gesetzlicher Vorschrift und ohne den Willen des bisherigen Berechtigten handle (vgl. auch Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 437 Anm. 1096). — Hiernach sind also die Fälle, in denen das Gesetz, wie z. B. in den §§ 951, 977, zunächst den Rechtsübergang will, aber trotzdem keine iusta causa als vorliegend erachtet (vgl. Oertmann Vorbem. zu § 812 c β $\gamma\gamma$ S. 1021 und Landsberg Bd. 2 S. 544), nicht etwa von vornherein dadurch erschöpfend gekennzeichnet, daß

sie ausdrücklich mit einer condictio ausgestattet sind, sondern es sind dies lediglich Beispiele dafür, daß mit dem dinglichen Anspruch nicht auch notwendig der persönliche untergeht.

Hiernach läßt sich weder behaupten, daß der kraft Gesetzes sich vollziehende Eigentumserwerb jedesmal gerechtfertigt sei, noch auch, daß er jedesmal der iusta causa entbehre, vielmehr ist dies von Fall zu Fall zu prüfen.

§ 8a.

Sechster Abschnitt.

Die §§ 964 u. 955 BGB.

Was nun speziell den § 964 angeht, so meint Jung (S. 40) im Gegensatz zu seinen eigenen Ausführungen über die iusta causa des sich kraft Gesetzes vollziehenden Eigentumserwerbs, daß in § 964 nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur über das Eigentum, sondern auch bezüglich aller anderen möglichen Ansprüche alle weiteren Rechtsstreitigkeiten in Ansehung dieses Bienenschwarmes ausgeschlossen sein sollten. Dies ergebe sich aus den Motiven (Bd. 3 S. 374), wo es heißt: „Mit Rücksicht auf die der Regel nach durch Vernachlässigung des bisherigen Eigentümers des Bettelschwarmes gegebene Ursache des Ausziehens und der Vermischung erledigt der Entwurf jeden möglichen Streit durch die durchgreifende Bestimmung, daß der Gesamtschwarm nach allen Richtungen

unter das rechtliche Verhältnis des in der Wohnung bereits früher vorhandenen Schwarmes tritt, und daß in Abweichung von der Vorschrift des § 897 (1. Entw.; Bereicherungsanspruch bei Verbindung, Vermischung usw.) ein Bereicherungsanspruch des verlierenden bisherigen Eigentümers des Bettelschwarms ausgeschlossen ist". Nun ist aber, wie Jung (S. 41 Anm. 70) selbst bemerkt, der den Bereicherungsanspruch ausdrücklich ausschließende letzte Satz in der 2. Lesung gestrichen worden. Allerdings sucht Jung die Sache so darzustellen, als sei die Streichung nicht aus prinzipiellen, sondern lediglich aus redaktionellen Gründen erfolgt, da die Hervorhebung des Ausschlusses der Bereicherungsklage angesichts des nach der Fassung des Entwurfs unmittelbar vorhergehenden und auch im Gesetz stehengebliebenen Satzes: „Das Eigentum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarme erlöschen" überflüssig gewesen sei. Mit dem im Gesetz sich anderweit nicht mehr findenden Ausdruck „sonstige Rechte" sei deutlich hervorgehoben, daß die Absicht bestanden habe, „den Grund für den Verlust auf der anderen Seite" und so eine die condictio ausschließende causa dieser Wertbewegung zu schaffen. Zu demselben Ergebnis in bezug auf § 964 BGB. gelangen auch Dernburg (Bd. 3 § 112 Note d S. 385), Planck (zu § 964 und Bl. f. Rechtsanw. Bd. 66 S. 464) und RGKomm. (zu § 964).

Wir können uns dem Deutungsversuche Jungs nicht anschließen. Allerdings wird die Frage nach der Zulässigkeit der condictio in § 964 äußerst selten praktisch

werden; denn in den meisten Fällen wird (vgl. Crome Bd. 3 S. 397 § 414 Anm. 30; Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 441; Sächs. Arch. Bd. 7 S. 660) gar keine Bereicherung vorliegen, da der Einzug der Bienen infolge der damit verbundenen Kämpfe dem neuen Eigentümer offenbar mehr Schaden als Nutzen bringen wird. In den hiernach noch vorkommenden wenigen Fällen, in denen die Frage nach der Zulässigkeit des Bereicherungsanspruches noch praktisch wird, ist dieser jedenfalls statthaft; denn der Ausdruck „sonstige Rechte" in § 964 kann unmöglich im Sinne Jungs aufgefaßt werden. Unter den „sonstigen Rechten" des § 964 sind vielmehr — ebenso wie in § 823 Abs. 1 BGB., wo gleichfalls unmittelbar vorher von dem „Eigentum" die Rede ist — ausschließlich dingliche Rechte zu verstehen, jedenfalls aber nur solche Rechte, die vor dem Eigentumsverlust bereits an dem Bienenschwarme bestanden haben, keinesfalls aber solche, die, wie die condictio — welche übrigens keine dingliche, sondern eine rein persönliche Klage ist — erst mit dem Eintritt des Eigentumsverlustes zur Entstehung gelangen können. Dies ergibt sich ohne weiteres aus einer Vergleichung des § 964 mit §§ 973 Abs. 1 u. 977 BGB.: Daß unter den in § 973 Abs. 1 hervorgehobenen „sonstigen Rechten" nicht auch das Recht zur condictio fällt, ergibt sich ohne weiteres aus § 977, demzufolge derjenige, der infolge des § 973 einen Rechtsverlust erleidet, trotzdem die condictio noch hat.

Da nach alledem unter dem Ausdruck „sonstige Rechte" in § 964 unmöglich auch die condictio zu begreifen ist,

kann der den Bereicherungsanspruch ausschließende letzte Satz nicht als überflüssig gestrichen sein, sondern lediglich aus prinzipiellen Gründen. (Für Zulassung der condictio in § 964: Stammler S. 36 und Schollmeyer S. 106.)

„Außer Zweifel wird danach der Bereicherungsanspruch im Falle von § 964 BGB. . . . stehen können . . .; denn in allen diesen Fällen wird jemand von seinem seitherigen Recht ausgeschlossen, ohne daß ihm in der Art des Eintrittes dieser Ausschließung eine Möglichkeit der Hinderung gewährt wird“ (Stammler S. 36).

Anders verhält es sich mit § 955 BGB. Hier ist mit Stammler (S. 35) zu berücksichtigen, daß der gutgläubige Erwerber allein Arbeit und Mühewaltung eingeschossen hat, soweit das Eigentum an den Früchten in Frage steht. „Direkt ausgeschlossen ist aber für die Zeit von der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches die Annahme, daß, wenn die in den §§ 987—992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen, aus der bloßen Tatsache, daß der andere den Besitz der fruchttragenden Sache ohne den Willen des Eigentümers erlangt hat, gefolgert werden könnte, der Besitzer sei zur Herausgabe der Nutzungen oder deren Werts aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Ist der Besitz nicht unentgeltlich erlangt, so entbehrt der Fruchterwerb gemäß § 955 nicht des rechtlichen Grundes“ (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92 S. 342; Prot. Bd. 3 S. 347; Staudinger Bd. 3 § 993 Anm. 1 b; Neumann § 993 Anm. 1; Schollmeyer S. 107).

§ 9.

V. Das Verhältnis der Besitzbereicherungsklage zum Geschäftsanspruch.

Eine besondere Berücksichtigung muß der Konkurrenz des Geschäfts- und Besitzbereicherungsanspruches zuteil werden. Zur Zeit der klassischen Juristen gab es noch keine condictio possessionis (vgl. v. Mayr, Kondiktion des römischen Privatrechts S. 306). Ja selbst für das spätere römische Recht wird ihre Zulässigkeit von Witte geleugnet: „Wird das Eigentum an einer Sache nicht übertragen, sondern nur der Besitz oder die Detention gewährt, so bringt das Geschäft dem Empfänger nur die Gelegenheit, durch eigene Handlungen (Konsumtion, Spezifikation usw.) sein Vermögen zu vergrößern, ist aber selbst nicht die unmittelbare Veranlassung einer Bereicherung" (Witte, zitiert bei Plessen S. 16). Im Gegensatz zu dieser Ansicht wird von allen übrigen Schriftstellern für das spätere römische Recht das Vorhandensein einer condictio possessionis angenommen. Was das heutige Recht angeht, so können wir sagen: Nicht nur steht es unzweifelhaft fest, daß die condictio possessionis vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt worden ist, sondern die Aufnahme des Grundgedankens der Bereicherung in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches führt zunächst gerade zu der Frage der Kondizierbarkeit des Besitzes, so daß diese das ABC der gesetzgeberischen Erwägungen über

die condictio überhaupt bilden muß; denn legt man sich die Frage vor, welcher rechtspolitische Gedanke es erklärlich macht, daß man in den Fällen der §§ 812 ff. einerseits etwas in rechtlich anerkannter Weise erlangt haben kann, während andererseits dafür der rechtfertigende Grund fehlt, so ist die Antwort einfach, soweit das grundlose Haben nur einen tatsächlichen Zustand, insbesondere einen Besitz darstellt, soweit es sich also um eine Situation handelt, die der Gesetzgeber aus irgendwelchen Erwägungen heraus bereits anerkannt hat, die jedoch schließlich vom wahren Recht beseitigt wird (vgl. Oertmann Vorbem. zu § 812 c *α* S. 1017): „Soweit die Rechtsordnung den bloßen Besitzstand anerkennt, darf sie nach seiner materiellen Rechtfertigung nicht fragen. Die condictio possessionis wäre somit der einfachste, nächstliegende Fall".

§ 10.

Verhältnis der condictio possessionis zur Besitzklage aus §§ 861 ff. BGB.

Als Geschäftsansprüche kommen im Verhältnis zum Besitzbereicherungsanspruch die Klagen aus §§ 861 ff. BGB. und die Klage aus früherem Besitz (§ 1007 BGB.) in Frage.

Was nun das Verhältnis der condictio possessionis zur Besitzklage aus § 861 BGB. betrifft, so besteht zwischen ihnen zunächst eine Reihe von Unterschieden. Zwar ist insofern eine Verwandtschaft zwischen ihnen beiden vor-

handen, als der Beklagte in beiden Fällen den Besitz auf Kosten des Berechtigten ohne Rechtsgrund erlangt hat; beide Ansprüche haben also den Besitz und seinen Verlust zur gemeinschaftlichen Voraussetzung, ebenso bezwecken beide die Wiedererlangung des Besitzes; im übrigen unterscheiden sie sich aber in wesentlichen Punkten:

Der Besitzbereicherungsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nur eine besondere Form des allgemeinen Bereicherungsanspruches in besonderer Anwendung auf den Besitz, falls dieser als Vermögensobjekt aus einem Vermögen sine causa in ein anderes übergegangen ist (vgl. Bruns S. 185 ff. und v. Mayr S. 139 ff.), während der Besitzanspruch dem unmittelbaren Schutz des Besitzes als solchen gegen jede störende, beeinträchtigende oder entziehende Handlung dient. Wenn Bruns — der erste Schriftsteller, der sich mit der Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis der uns beschäftigenden beiden Ansprüche befaßt hat — diesen Gedanken auf S. 188 mit den Worten zum Ausdruck bringt, daß bei dem Besitzschutzanspruch „der Besitz den Grund", bei dem Besitzbereicherungsanspruch dagegen „nur den Gegenstand" bildet, so ist dieser Auffassung entschieden entgegenzutreten. Daß beim Besitzanspruch der Besitz den Grund bildet, ist nur insofern richtig, als seine Geltendmachung bedingt ist durch den Besitzverlust auf der einen und den Besitzerwerb auf der anderen Seite. Im übrigen aber bildet der Besitz hier auch zugleich den Gegenstand des Anspruches, da letzterer die Wiedergewinnung des Besitzes bezweckt und ganz hin-

fällig wird, wenn der Beklagte den Besitz verliert (vgl. Plessen S. 21 f.). Auch die weitere Behauptung, beim Besitzbereicherungsanspruch bilde der Besitz das Objekt der Klage, beruht auf einer Verkennung des Wesens der condictio. Diese ist in allen Fällen auf Herausgabe der Bereicherung gerichtet. Allerdings besteht die Bereicherung bei der Eigentums- und der Besitzbereicherungsklage zunächst in dem erlangten Eigentum bezw. Besitz. Dies darf aber nicht dazu führen, den Besitz und das Eigentum als besondere Gegenstände eines Bereicherungsanspruches zu betrachten; dessen Gegenstand ist vielmehr einzig und allein die Bereicherung. Würde sich die condictio gegen den Besitz als solchen richten, so würde sie nicht mehr möglich sein, wenn der Beklagte den Besitz verliert. Dies ist aber keineswegs der Fall. Der Bereicherte unterliegt vielmehr noch so lange dem Besitzbereicherungsanspruche, als noch irgendeine mit dem Erlangen des Besitzes in ursächlichem Zusammenhang stehende Bereicherung bei ihm vorhanden ist (§ 818 BGB.). Allerdings wird, wenn der Besitz entzogen worden ist, die Abschätzung des an seine Stelle tretenden Wertes oder Interesses (§§ 818, 819 BGB.) schwierig sein; aber die freie Stellung des heutigen Richters ermöglicht es, unter Anwendung des § 287 ZPO. auch hier das Richtige zu treffen.[1])

[1]) Stieve verweist S. 67 ff. auf eine analoge Anwendung der Eigentumsvermutung aus § 1006 für die Abschätzung des Besitzwertes; nur wenn der Besitzer nachweislich nicht Eigentümer war, ist eine selbständige Schätzung des Besitzes notwendig (S. 70).

Ein weiterer Unterschied zwischen der Besitzklage und der condictio possessionis besteht darin, daß die erstere nur in denjenigen Fällen gegeben ist, wo der Besitz ohne Willen des Besitzers entzogen oder gestört ist (§ 858 Abs. 1 BGB.). Anders verhält es sich mit dem Besitzbereicherungsanspruch. Sein Tatbestand wird nicht etwa bloß durch fehlerhaften, sondern auch — und zwar namentlich — durch den mit Willen des Verletzten erlangten Besitz erzeugt. Auf den Modus des Erwerbes kommt es hier nicht an. Dieser kann sich auch durch „Leistung“ (§ 812 BGB.) vollzogen haben. Der Tatbestand der condictio possessionis ist also in mancherlei Beziehung umfassender als der des Besitzschutzanspruches. Dies zeigt sich weiterhin auch darin, daß der letztere als ein rein possessorisches Schutzmittel nur ein provisorischer Behelf ist, eine endgültige Erledigung der Rechtsfrage also nicht herbeiführen will, während die Besitzbereicherungsklage als petitorischer Anspruch die Rechtsverhältnisse endgültig zu ordnen beabsichtigt. Auch hinsichtlich des Zeitraumes, während dessen die Besitzbereicherungsklage geltend gemacht werden kann, geht diese weiter als der Besitzschutzanspruch. Der letztere ist nur bis zum Ablauf eines Jahres seit Verübung der verbotenen Eigenmacht zulässig (§ 864 BGB.), die condictio possessionis hingegen verjährt, wie die condictio überhaupt, erst in dreißig Jahren, sofern nur der Tatbestand der Bereicherung noch vorliegt.

In umgekehrter Weise ist der Besitzbereicherungs-

anspruch teilweise enger als der Besitzanspruch. Während nämlich die eigenmächtige Besitzentziehung die condictio possessionis nicht begründet, wenn der Beklagte gegenüber dem Kläger zum Besitz berechtigt ist (vgl. v. Mayr S. 139 a. E.), kann der Besitzanspruch in diesem Falle Platz greifen, wenn die Entziehung sich noch als verbotene Eigenmacht darstellt (§ 863 BGB. und v. Mayr a. a. O.). Wenn — um ein Beispiel v. Mayrs S. 140 anzuführen — der Pfandgläubiger das Pfand eigenmächtig wegnimmt, so unterliegt er wohl dem Besitzschutzanspruch, nicht aber dem Besitzbereicherungsanspruch, da er mit Rücksicht auf sein Recht zum Besitz nicht „grundlos" bereichert ist. — Liegt nicht Besitzentziehung, sondern bloße Besitzstörung vor, so kann es zweifelhaft sein, ob dieser Fall auch unter den Tatbestand der Besitzbereicherung fällt. v. Mayr will hier nur den Besitzschutzanspruch Platz greifen lassen; die condictio possessionis soll hier deshalb unzulässig sein, weil der Störer durch die Störung als solche „wohl niemals ‚etwas', nicht einmal eine Ausgabeersparnis erlangt" haben könne (v. Mayr S. 140). Wir sind mit Plessen (S. 19) entgegengesetzter Meinung. Befestigt jemand z. B. unbefugterweise an einem fremden Hause einen Telephondraht (vgl. Plessen S. 19 Anm. 1), so ist er bereichert, wenn er dadurch der Herstellung einer die Kosten der vorgenommenen Befestigung übersteigenden Vorrichtung zur Befestigung des Drahtes auf eigenem Grund und Boden enthoben ist.

Ein fernerer Unterschied zwischen dem Bereicherungs-

und dem Besitzschutzanspruch besteht darin, daß der erstere — anders als der letztere — nicht notwendig voraussetzt, daß der Berechtigte früher einmal im Besitz der Sache gewesen ist; denn da der Besitzbereicherungsanspruch seinem Wesen nach nicht etwa ein dinglicher, sondern ein obligatorischer Anspruch ist, der auf Verschaffung des rechtlosen, auf Kosten des Klägers erlangten Besitzes hinzielt, so ist er auch dann gegeben, wenn der Kläger aus irgendwelchem Grunde einen obligatorischen Anspruch auf den — noch niemals bei ihm gewesenen — Besitz hat. Wird doch auch überhaupt für die Anwendbarkeit der Bereicherungsklage nicht vorausgesetzt, daß das Erlangte vorher aktiv zum Vermögen des Benachteiligten gehört hat, sofern nur der Erwerb im wirtschaftlichen Sinne „auf Kosten" des anderen erfolgt ist (vgl. Planck zu § 812 Anm. 2 S. 933). Anders steht es mit der Klage aus §§ 861 ff. und 1007. Diese setzen beide den früheren Besitz des Klägers voraus (vgl. auch Staudinger § 1007 I, 1 a).

Ein weiterer Unterschied zwischen der Geschäftsklage aus § 861 und der Besitzbereicherungsklage besteht darin, daß gegenüber der ersteren Einreden aus dem Recht, abgesehen von den Ausnahmen der §§ 863 u. 864, unzulässig sind, während solche gegenüber der condictio possessionis unbegrenzt möglich sind; denn der Grund des Besitzbereicherungsanspruches ist der ungerechtfertigte Besitz auf Kosten eines anderen. Weist also der Belangte ein Recht zum Besitz nach, so hat er den Besitz mit recht-

lichem Grunde. Insofern ist also der Besitzbereicherungsanspruch dem Kläger ungünstiger als der Besitzanspruch. Entgegengesetzter Ansicht ist Bruns S. 204, der die Einrede aus dem Recht gegenüber der gemeinrechtlichen condictio possessionis mit dem Hinweis darauf ausschließt, daß „die Bereicherung in allen Fällen von Besitzentziehung, sowohl direkter als indirekter, in dem Haben des Besitzes ohne oder vor Beweis des Rechtes“ besteht, und daß, selbst wenn der Beklagte den Nachweis des Eigentums führe, doch „erst mit dem Urteil der rechtliche Grund für das faktische Haben des Besitzes eintrete, das vorherige Haben also immer ohne rechtlichen Grund bleiben“ muß. Als ferneren Grund für die Unzulässigkeit petitorischer Einreden gegenüber der condictio possessionis führt er dort aus, daß „die Rückgabe des Besitzes nicht durch den Beweis eines Rechtes, also einer petitorischen Einrede, verzögert werden“ darf. Bruns verkennt hier das Wesen des Besitzbereicherungsanspruches. Dieser ist nicht etwa ein bloßer Besitzschutzanspruch, so daß ein bloßes tatsächliches Haben des Beklagten die Klage begründet, sondern, da er eine besondere Form des Bereicherungsanspruches darstellt, setzt er ein rechtloses Haben des Gegners voraus. Demgemäß muß dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden, die Rechtmäßigkeit seines Besitzes durch den Nachweis seines Rechtes darzutun. Diese Rechtmäßigkeit tritt aber nicht erst mit der Rechtskraft des Urteils ein, sondern ist, wenn über-

haupt, so schon vorher vorhanden, da das Urteil lediglich deklarative, nicht konstitutive Bedeutung hat.

Während hiernach der Besitzbereicherungsanspruch in einem gewissen Umfange ein minus gegenüber der Besitzklage darstellt, insofern gegen ihn petitorische Einreden zulässig sind, ergibt sich bezüglich der possessorischen Einreden das umgekehrte Verhältnis; denn solche Einreden sind gegenüber der condictio possessionis nur insoweit zulässig, als dadurch zugleich der Tatbestand der Bereicherung aus dem Wege geräumt wird, also nur insoweit, als dadurch zugleich das Recht des Beklagten zum Besitz gegenüber dem Kläger erwiesen wird. Daher wird z. B. der fehlerhafte Besitz des Klägers gegenüber dem Beklagten nur dann die condictio possessionis zu Fall bringen, wenn der fehlerhafte Besitz des Klägers sich gegenüber dem Beklagten als Bereicherung darstellen würde, wenn also der Kläger etwas einklagt, „auf dessen Rückgabe er wieder sofort verklagt werden kann" (Bruns S. 211). Der Beklagte wird also der Besitzbereicherungsklage nur dann mit Aussicht auf Erfolg begegnen können, wenn er seine Einrede damit begründen kann, daß „dolo facit qui petit, quod redditurus est" (vgl. Bruns a. a. O.).

Überblicken wir diese Ausführungen, so erkennen wir, daß die grundsätzliche Verschiedenheit der beiden Ansprüche in dem Zweck, dem Rechtsgrund, sowie dem begehrten Gegenstand beruht. Diese sind in dem einen Falle Schutz des tatsächlichen Zu-

standes, verbotene Eigenmacht und Wiederherstellung des früheren Zustandes, in dem anderen: Feststellung des Rechtes zum Besitz, ungerechtfertigte Bereicherung und Herausgabe des durch den rechtlosen Besitz Erlangten. Es geht daher nicht an, beide Arten von Klagen nur „als verschiedene Formen des Schutzes für dieselben Besitzansprüche" (Pfersche S. 60) anzusehen.[1]

§ 11.

Verhältnis der condictio possessionis zur Klage aus früherem Besitz (§ 1007 BGB.).

Während die Besitzklage aus § 861 nur auf der Tatsache des Besitzes beruht, stützt sich der Anspruch aus § 1007, den wir zum besseren Verständnis des Folgenden kurz dem § 861 BGB. gegenüberstellen wollen, auf die Tatsache des besseren oder früheren Besitzes gegenüber dem schlechter Berechtigten. Weiter setzt § 1007, wie §§ 861 ff., grundsätzlich einen unfreiwilligen Besitzverlust voraus. Im übrigen aber ist der Anspruch aus älterem Besitz insofern enger als der Besitzschutzanspruch des § 861, als er dem bösgläubigen Erwerber überhaupt nicht zusteht (§ 1007 Abs. 3) und regelmäßig nur gegen den bös-

[1]) Die besondere Frage der Konkurrenz der Klage aus § 861 mit der condictio possessionis wird gemeinschaftlich mit der Frage nach der Konkurrenz des § 1007 mit der condictio possessionis später untersucht werden.

gläubigen Besitzer statthaft ist, gegen den gutgläubigen Erwerber jedenfalls dann versagt, wenn dieser zugleich Eigentümer ist oder ein besseres Recht zum Besitz hat (§ 1007 Abs. 2 u. 3). Umgekehrt ist der Tatbestand des § 1007 weiter als der der §§ 861 ff. insofern, als er auch nach Ablauf der einjährigen Frist gegeben ist, ferner auch im Verhältnis zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer anwendbar ist (vgl. v. Mayr S. 169; and. M. Staudinger § 1007 I, 1) sowie endlich jeden unfreiwilligen Besitzverlust, nicht nur den durch verbotene Eigenmacht herbeigeführten schützt.

Mit der condictio possessionis hat er den Schutz des besseren Besitzes gemeinsam und „beherrscht, obwohl im Grunde auch nur durch ein persönliches Besitzrecht des Klägers bedingt, insofern ein weiteres Anwendungsfeld, als er nicht nur gegenüber dem Besitzer begründet ist, der „dem früheren Besitzer aus einem Schuldverhältnisse", also wie beim Bereicherungsanspruche aus der ungerechtfertigten Bereicherung, „zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist", „sondern gegenüber jedem anderen Besitzer", „ohne daß ihm überhaupt eine Klage aus dem Recht zur Seite stünde" (Gierke, zit. bei v. Mayr S. 169). Das Herrschaftsgebiet der condictio possessionis ist aber nach v. Mayr a. a. O. auf der anderen Seite insofern enger, als der Besitzbereicherungsanspruch weder an die Voraussetzung der Bösgläubigkeit des derzeitigen Besitzers, noch an die Bedingung des unfreiwilligen Besitzverlustes geknüpft ist, noch auch durch die Berufung des gutgläubigen

Besitzers auf sein Eigentum unbedingt entkräftet wird, so daß ihr gegenüber auch die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. nicht jedesmal durchschlägt. Dagegen sollen sich beide Ansprüche in dem Umfang der Haftung, die in beiden Fällen grundsätzlich die Sache mit allen Nutzungen umfaßt, und in der beiden gegenüber zulässigen Einwendung, daß dem Beklagten ein besseres Recht zum Besitz zustehe, wiederfinden. Dieser Klage aus dem früheren Besitz kann sich sowohl der dinglich Berechtigte als auch derjenige, der lediglich in Ausübung eines persönlichen Rechts als Mieter, Verwahrer usw. besessen hat, gegenüber dem schlechter Berechtigten bedienen (vgl. Gierke, zit. bei v. Mayr S. 170 ff.).

§ 12.

Die Konkurrenzfähigkeit der beiden Besitzklagen mit der condictio possessionis.

Bevor wir auf den Kernpunkt unserer Untersuchung, d. h. die Frage nach der Konkurrenzfähigkeit der Ansprüche aus den §§ 861 ff., 1007 mit der condictio possessionis eingehen, wollen wir einige, speziell den Anspruch aus § 861 betreffende Vorbemerkungen prozeßrechtlicher Natur vorausschicken. Dies deshalb, weil die Klage aus §§ 861 ff. zu der Klage aus dem Recht — eine solche ist auch die condictio possessionis, da sie nicht auf der Tatsache des Besitzes, sondern auf dem dinglichen oder obligatorischen Recht zum Besitz fußt (v. Mayr S. 139) — im Laufe der

jüngsten Rechtsentwicklung in einen engen, prozessualen Zusammenhang gesetzt worden ist. Es wird dann festzustellen sein, ob die aus dem materiellen Recht folgende, weiterhin noch aufzudeckende Beziehung der Besitzklage zur condictio possessionis nicht etwa durch prozeßrechtliche Grundsätze modifiziert wird.

Nach § 232 Abs. 2 a. ZPO., welche Bestimmung aus dem code de procédure art. 125 stammt (Gierke Bd. 2 S. 257), war die Verbindung der Besitzklage und der Klage aus dem Recht in einer einzigen Klage unzulässig. Der Grund dieser Bestimmung bestand namentlich darin, „daß der Besitzschutz nicht durch die in der Regel zeitraubende und weniger dringliche Erörterung über die Rechtsfrage verzögert werden soll" (Wilmowski-Levy zu § 232 S. 396). Dieses Argument ist deshalb nicht beweiskräftig, weil der angebliche Nachteil der Besitzklagen — die Verzögerung des Besitzschutzes infolge einer langwierigen Feststellung des Rechtes zum Besitz — durch die Möglichkeit der vorläufigen Regelung des Besitzstandes durch einstweilige Verfügungen (§ 935 ZPO.) völlig beseitigt werden kann. Jene Bestimmung der alten Zivilprozeßordnung entzog aber namentlich dem Kläger den Vorteil, „sich für den Fall, daß die Besitzklage nicht durchdringen sollte, auf das Recht selbst stützen zu können" (Begr. der Nov. z. ZPO. § 232 S. 100). Auch der Beklagte wurde durch § 232 Abs. 2 insofern ungünstig gestellt, als es unter Umständen in seinem Interesse liegt, der Besitzklage eine Widerklage entgegensetzen zu dürfen,

durch die er seinerseits das Recht selbst geltend macht (Begr. der Nov. a. a. O.). Ein solches Interesse hat der Beklagte namentlich mit Rücksicht auf § 864 Abs. 2 BGB., demzufolge der Besitzanspruch erlischt, wenn nach Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. Mit Rücksicht auf diese unbilligen Folgen, die das Verbot der Verbindung des possessorium mit dem petitorium nach der alten Zivilprozeßordnung nach sich zog, hat denn auch die neue Zivilprozeßordnung jene Bestimmung des Abs. 2 in § 260 fallen lassen, so daß gegen eine prozeßrechtliche Verbindung der Klage aus §§ 861 ff. mit der condictio possessionis heute jedenfalls kein Bedenken mehr obwalten kann.[1])

[1]) Damit ist jedoch nur die Stellung des Klägers gebessert worden, indem er mit der Besitzklage die Klage aus dem Recht verbinden kann. Hingegen ist der Beklagte nach richtiger Ansicht nach wie vor ungünstig gestellt, da ihm auch unter der Herrschaft der neuen ZPO. das Recht zur Erhebung einer Widerklage versagt ist; denn der Grund für die Unzulässigkeit der Widerklage beruht nicht in dem § 232 Abs. 2 a. ZPO., so daß sie mit dessen Streichung möglich geworden wäre, sondern in dem unverändert gebliebenen § 33 ZPO. (Planck Bd. 3 § 863 Anm. 4, Recht 1902 S. 528). Ebenso Seuffert § 33 Anm. 2e: „Mit dem in einer Besitzklage geltend gemachten Anspruch steht der Anspruch, welcher sich auf ein Recht zum Besitz oder auf ein Recht zur Vornahme der störenden Handlung stützt, nicht in Zusammenhang. Aus dem Zusammenhange mit der Verteidigung gegen die Besitzklage könnte sich die Zulässigkeit der petitorischen Widerklage nur ergeben, wenn gegenüber

Ein solcher Zweifel kann aber überhaupt a priori

---

den Besitzansprüchen ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung geltend gemacht werden könnte (petitorische Einwendung). Nun sind aber petitorische Einwendungen nach BGB. § 863 gegenüber Besitzansprüchen unzulässig; denn die hier allein zugelassene Geltendmachung des Rechtes zum Besitz zur Begründung der Behauptung, daß die Entziehung oder Störung des Besitzes keine verbotene Eigenmacht sei, ist keine petitorische Einwendung. Folglich kann auch kein Zusammenhang einer petitorischen Widerklage mit einer zulässigen Verteidigung bestehen". Nur eine einzige wirkliche Ausnahme von der Bestimmung des § 863 Abs. 1 ist nach Planck der § 864 Abs. 2; allein dies ist nicht ganz zutreffend; denn hiernach würde das Vorhandensein des in § 864 Abs. 2 vorausgesetzten Urteils im Wege der Einrede geltend gemacht werden müssen. Allein der § 864 stellt weder in Abs. 1 noch 2 ein Verteidigungsmittel gegenüber den Ansprüchen aus den §§ 861, 862 her, besagt vielmehr nur, daß diese Ansprüche als erloschen zu betrachten sind, so daß es gar nicht erforderlich ist, daß der Beklagte sich auf § 864 beruft, sofern schon dem Richter dessen Voraussetzungen aus der Klage erhellen (so Recht 1902 S. 528). Ist z. B. eine Eigentumsklage des im Besitzprozeß belangten B zu dessen Gunsten rechtskräftig entschieden, so erlischt der Besitzanspruch gegen ihn ohne weiteres. Da es aber jedenfalls dem Beklagten unbenommen bleibt, sein durch Urteil festgestelltes Recht an der Sache dem Besitzanspruch gegenüber als Erlöschungsgrund geltend zu machen, so ergibt sich für diesen Fall die Möglichkeit einer petitorischen Widerklage. Dies hat jedoch nur theoretische Bedeutung, da nach Erlassung des in § 864 Abs. 2 vorausgesetzten Urteils kein Interesse an der Widerklage mehr vorhanden sein wird (Seuffert a. a. O.). Dieses Ergebnis befriedigt auch schon deshalb, weil durch die Zulassung einer derartigen Widerklage die ganze Grundlage des Besitzschutzes, der grundsätzlich vom materiellen Recht losgelöst sein soll, wieder erschüttert werden würde (and. M. Cosack § 189 Ziff. VIII, 1; Gaupp-Stein S. 99; Biermann § 863 Anm. 6).

nicht aufkommen für das Verhältnis der condictio possessionis zur Klage aus dem früheren Besitz. Da diese nämlich im Anschluß an deutsche Rechtsanschauungen und die von ihnen beeinflußte gemeinrechtliche Theorie und Praxis und das preuß. allgem. Landrecht (vgl. Planck § 1007 I) im Gegensatz zur reinen Besitzklage des § 861 von jeher einen petitorischen Charakter hatte, so war ihre Verbindung mit der Klage aus dem Recht niemals zweifelhaft (vgl. Staudinger § 1007 III d).

Hiernach steht es jedenfalls fest, daß einer prozessualen Verbindung der condictio possessionis mit den Klagen aus §§ 861 u. 1007 nichts im Wege stehen würde. Es ist daher nur noch die Stellungnahme des materiellen Rechts zu dieser Klagenverbindung zu prüfen.

In dieser Hinsicht meint Bruns (S. 199): Der Umfang, in dem der Besitzbereicherungsanspruch zulässig sei, lasse an sich eine dreifache Abstufung zu: Man kann ihn auf die Fälle beschränkt denken, in denen „der Besitz als solcher im Gegensatz zum Eigentum" Gegenstand der Bereicherung ist, in denen also absichtlich nur bloßer Besitz als solcher, im Gegensatz zum Eigentum „Gegenstand des Delikts oder des Rechtsgeschäftes, durch welches man den Besitz verloren hat, war, also z. B. nur bei furtum possessionis, und bei Übertragung nur dann, wenn sie absichtlich nur bloßen Besitz als solchen und nicht das Eigentum betrafen". Man kann ferner auf die Rechtsstellung des Berechtigten das Hauptgewicht legen und den Anspruch davon abhängig machen, „daß der

Kondizient ehedem nichts anderes als possessio hatte", so daß die condictio possessionis für den bloßen Besitzer dasselbe wäre wie die rei vindicatio für den Eigentümer. Man kann endlich der condictio possessionis den weitesten Umfang einräumen, indem man sie jedem gestattet, „der Besitz gehabt und verloren hat, ohne Rücksicht darauf, ob er daneben auch Eigentum gehabt hat, und ob der Verlust nur den Besitz als solchen betraf oder das Eigentum mit" (Bruns a. a. O.), in welch letzterem Falle das Verhältnis der condictio possessionis zur rei vindicatio derartig wäre, daß der Eigentümer die Wahl hätte, „entweder von seinem Eigentum ganz abzusehen und sich bloß auf den Besitz und dessen Verlust zu stützen", so daß auch nur diese zu beweisen und einklagbar wären, oder aber sein Eigentum zu behaupten und zu beweisen und einzuklagen (Bruns a. a. O.).

Wie wir in späteren Kapiteln noch nachweisen werden, ist die condictio possessionis nur da möglich, wo der Besitz als solcher Gegenstand der Bereicherung ist, und auch hier müssen wir mit Oertmann Vorbem. zu § 812 Ziff. 2 β S. 1019 die weitere Einschränkung machen, daß, solange die Klagen aus den §§ 861 u. 1007 gegeben sind, „der Erwerber insoweit nur einen von vornherein mit der Herausgabepflicht belasteten Besitz erlangt, insoweit also gar nicht bereichert" ist.

Es kommt noch hinzu, daß derjenige, gegen den verbotene Eigenmacht verübt worden ist, in dem ersten Jahr gemäß § 862 Abs. 2 BGB. dem Eigenmächter den

Besitz seinerseits gewaltsam wieder entziehen darf, ohne die Besitzklage befürchten zu müssen. Wenn nämlich dem Eigenmächter B innerhalb des ersten Jahres seit der Besitzentziehung die Sache von dem A wieder gewaltsam abgenommen wird, so hat der A gegenüber dem B die exceptio vitiosae possessionis. Es besteht dann derselbe Zustand, wie wenn ein gewaltsamer Eingriff von keiner Seite stattgefunden hätte. Somit steht dem A neben der ohnehin schon die condictio possessionis ausschließenden Besitzklage die Eigenmacht zu Gebote. Nun könnte zwar wohl ein Bedenken obwalten, ob die Möglichkeit der Eigenmacht schon genügt, um die condictio possessionis gemäß dem allgemeinen Grundsatz, daß die Bereicherungsklage ausgeschlossen ist, solange dem Benachteiligten noch irgendein Rechtsbehelf zur Wiedererlangung der Sache offensteht, unzulässig erscheinen zu lassen. Handelt es sich doch bei der erlaubten Eigenmacht nicht um einen Anspruch im eigentlichen Sinne, d. h. um eine Befugnis, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, sondern um ein sogen. „Gestaltungsrecht“ oder „Recht des rechtlichen Könnens“, dessen Wesen darin besteht, daß es nicht durch fremdes, sondern durch eigenes Tun verwirklicht wird. Allein wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß eine Bereicherung nicht vorliegt, solange dem Berechtigten noch irgendwelche Mittel zu Gebote stehen, zu seinem Rechte zu gelangen, wird man auch in der erlaubten Eigenmacht einen für sich allein schon die condictio possessionis ausschließenden

Faktor erblicken müssen. Wir können daher Pfersche S. 65 Anm. 1 nicht beipflichten, wenn er meint, man habe nur das Recht, auf dem Rechtswege den Besitz zu erlangen, nicht aber denselben eigenmächtig zu entziehen.

Mit unserer Ansicht stimmt auch Jung S. 43 überein: „Es steht also niemals condictio possessionis gegen denjenigen zu, der durch verbotene Eigenmacht gegenüber dem Kondizienten den Besitz erlangt hat und der dessen Besitzinterdikt daher noch weichen muß“.

Die prozessual durchaus zulässige Verbindung der Besitzklagen mit der Besitzbereicherungsklage kann nach alledem nur dahin verstanden werden, daß primär der Anspruch aus dem Besitz, erst subsidiär die condictio possessionis Platz greifen soll; keineswegs aber ist der Kläger berechtigt, die Besitzbereicherungsklage **in erster Linie** geltend zu machen.

Hiernach ist das Anwendungsgebiet der condictio possessionis ein sehr begrenztes, wozu ferner der Umstand beiträgt, daß sie nur dann Platz greift, wenn der Besitz den Grund und den Gegenstand der Bereicherung bildet, welch letztere aber in den meisten Fällen noch mehr, namentlich auch das Eigentum, mit umfassen wird (s. darüber unsere späteren Untersuchungen, neuntes Kapitel).[1]

---

[1]) Wenn nun Oertmann S. 1020 die condictio possessionis namentlich für den Fall anwendbar erklärt, daß der Besitz zwar des rechtfertigenden Grundes entbehrt, aber nicht mittels eines die Passiv=

Soweit man der condictio possessionis neben der Besitzklage aus § 861 überhaupt Geltung beilegen will, kann es nur insoweit geschehen, als mit ihr Zwecke verfolgt werden, die über den Besitzschutzanspruch hinausgehen (vgl. v. Mayr S. 176 a. E.), z. B. bezüglich der Nutzungen und des Schadensersatzes, welch letztere niemals mit der Besitzklage eingefordert werden können (vgl. Biermann zu § 861 Anm. b).

Insoweit hat also die condictio possessionis einen die Besitzklage ergänzenden Charakter (vgl. auch Bunsen im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 23 S. 88). Aber selbst dieser ergänzende Charakter geht der condictio possessionis wieder verloren, insoweit der Anspruch aus § 1007 gegeben ist. Da nämlich diese Klage auch die Nutzungen und den

legitimation gegenüber den Besitzklagen rechtfertigenden Umstandes erlangt ist, so hat er für diese seine im übrigen richtige Ansicht ein ungeeignetes Beispiel gewählt. Wenn der A im guten Glauben die von dem Eigentümer B versteckte Sache, die er für herrenlos hielt, an sich genommen, so soll es nach Oertmann a. a. O. an der verbotenen Eigenmacht fehlen, mithin die condictio possessionis zulässig sein. Dies trifft unseres Erachtens nicht zu, denn hier liegt tatsächlich ein die Passivlegitimation gegenüber den Besitzklagen rechtfertigender Umstand vor. Wenn ich nämlich eine Sache versteckt oder verlegt habe, bin ich noch deren Besitzer, da ich noch die tatsächliche Gewalt über sie habe. Der Dritte, der die Sache wegnimmt, entzieht mir dadurch ohne meinen Willen den Besitz, er begeht also verbotene Eigenmacht. Auf den guten Glauben kommt es nicht an, da der Tatbestand der verbotenen Eigenmacht ein subjektives Willensmoment nicht voraussetzt. Es greift also nur die Klage aus §§ 861 ff. Platz.

Ersatzanspruch umfaßt (§ 1007 Abs. 3 Satz 2 und Planck § 1007 Anm. 4), wird die condictio possessionis, soweit mit ihr Nutzungen und Ersatz begehrt werden, ausgeschlossen, wenn gleichzeitig auch der Tatbestand des § 1007 gegeben ist (v. Mayr S. 176 a. E.).

§ 13.

Einzelne Fälle.

Wir kommen nunmehr zu einzelnen, zum Teil in der Literatur ausdrücklich behandelten Fällen. Wenn A den Besitz der Sache verloren hat und ihn B nach diesem Zeitpunkt originär erwirbt, so würde gegen den B im Sinne Bunsens (im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 23 S. 87) die condictio possessionis deshalb nicht zulässig sein, weil es an der Identität des den Besitzverlust und Besitzerwerb begründenden Umstandes und mithin an dem Erlangtsein „auf Kosten" des A fehlen würde. Nun muß allerdings Bunsen dahin beigepflichtet werden, daß für die Besitzbereicherungsklage hier kein Raum ist, da jedenfalls § 1007 BGB. Platz greift. Insofern stimmen wir also mit Bunsen, wenn auch auf Grund einer anderen Erwägung, im Endergebnis überein. Immerhin aber bietet uns die Begründung, die Bunsen seinen Ausführungen gibt, Veranlassung genug, uns mit ihnen näher zu beschäftigen.

Der Fehler Bunsens besteht darin, daß er sich zu eng an den Erwerbsakt anklammert und das Haupt-

gewicht darauf legt, daß im Augenblick des Erwerbes das Tatbestandsmoment der Bereicherung „auf Kosten“ eines anderen vorliegt. Die natürliche Folge hiervon ist eine allzu formale Auslegung des in § 812 gebrauchten Ausdrucks „erlangen“, indem dies lediglich die Überführung als solche, das Hineinbringen des Wertes in das Vermögen des Bereicherten ins Auge faßt, nicht aber den Zustand des Überführtseins. Allein nicht das „Erlangen“ auf Kosten eines anderen ist das wesentliche, sondern „es kommt einzig und allein auf das ungerechtfertigte Haben der Bereicherung auf Kosten eines anderen an“ (Plessen S. 28 und Hartmann im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21 S. 224 ff.). Ein solches Haben des B auf Kosten des A ist in unserem Falle sehr wohl vorhanden, da B zum Behalten des Besitzes nicht berechtigt ist. Besteht doch „das allen Bereicherungsansprüchen gemeinsame Fundament in dem Gegensatz zwischen Haben und Behaltendürfen“ (Plessen S. 28; Hartmann a. a. O. S. 231), so daß man das Prinzip des § 812 auch so ausdrücken könnte: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas erlangt hat, ohne nach der übrigen Rechtsordnung berechtigt zu sein, das Erlangte zu behalten, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet“ (Hartmann a. a. O.; Oertmann Vorbem. zu § 812, 1 b S. 1017). Bezüglich des Erfordernisses „auf Kosten eines anderen“ würde somit etwas Ähnliches gelten wie von dem Erfordernis des Erlangtseins „ohne rechtlichen Grund“. Auch hier wird

nicht gefordert, daß bereits bei Erwerb des die Bereicherung darstellenden Gegenstandes das Fehlen des rechtlichen Grundes gegeben war; denn es gibt viele Fälle ungerechtfertigter Bereicherung, in denen die Bereicherung von dem Bereicherten mit rechtlichem Grunde erlangt ist, aber trotzdem als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann. Man denke nur an die in § 812 Abs. 1 Satz 2 angeführten Fälle, in denen eine Herausgabepflicht besteht, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt, in welch letzterem Falle sich gleichfalls von dem späteren Wegfall des Rechtsgrundes sprechen läßt. In beiden Fällen ist die Leistung jedenfalls nur bis zum Eintritte eines bestimmten, die Rechtlosigkeit herbeiführenden Ereignisses gerechtfertigt (vgl. Plessen S. 25 ff. und Hartmann a. a. O. S. 231 ff.). Ebensowenig nun, wie das Vorliegen eines rechtlichen Grundes zur Zeit des Erwerbes entscheidend ist für die Frage des Behaltendürfens, läßt sich auch die Frage, ob ein Erwerb „auf Kosten" eines anderen vorliegt, ausschließlich nach dem Augenblick des Erwerbes beantworten.

Aber auch dann, wenn man mit Bunsen für die Frage des Erlangtseins „auf Kosten" eines anderen nur den Augenblick des Erwerbsaktes ins Auge faßt, wäre der B — würde nicht § 1007 zum Ausschluß der condictio führen — auf Kosten des A grundlos durch den Besitz bereichert; denn mit Mohr und Goldmann-Lilien-

thal (zit. im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 23 S. 347) geht der Besitz einer verlorenen Sache erst durch deren Inbesitznahme durch einen Dritten unter: „Für uns kommt ... die verlorene Sache erst in Betracht, wenn sie von einem Dritten entdeckt und an sich genommen wird. Ist dies geschehen, so ist der Besitz verloren" (a. a. O.).[1] Hiernach hat der A durch das Verlieren des Gegenstandes den Besitz noch nicht verloren, vielmehr erst mit dem Augenblick, wo ihn B erwirbt. Es treffen also Besitzverlust und Besitzerwerb in einem Akt zusammen.

Mithin würde die Anwendbarkeit der condictio possessionis nicht daran scheitern können, daß es — wie Bunsen meint — an der erforderlichen Identität des den Erwerb und den Verlust des Besitzes begründenden Umstandes fehle.

Ein weiterer Fall, in dem die Zulässigkeit der condictio possessionis zweifelhaft sein kann, ist der, daß an derselben Sache gleichzeitig sowohl unmittelbarer als auch mittelbarer Besitz begründet ist (vgl. Bunsen S. 89): Erlangt nämlich jemand den Besitz mit dem Willen des unmittelbaren, aber ohne Willen des mittelbaren Besitzers, welch letzterem der erstere den Besitz in unredlicher Absicht verbringt, so kommt es nach Bunsen (a. a. O.) für die Frage der Zulässigkeit der condictio possessionis gegen den Dritterwerber nur auf dessen bona fides an.

[1]) Wir nehmen hierbei mit Planck an, daß der Verlierer durch den Finder nicht etwa wieder gemäß § 868 BGB. mittelbaren Besitz erwirbt (Planck Vorbem. 2b γ zu § 868).

„Kennt der Erwerber die unredliche Absicht, so haftet er aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, andernfalls haftet er . . . dem früheren Besitzer mit dem kondiktionenmäßigen Anspruche“ (Bunsen S. 89). Diese Auffassung leidet daran, daß sie es unberücksichtigt läßt, ob mit der Übertragung des unmittelbaren Besitzes an den Dritten der mittelbare Besitz zerstört worden ist oder nicht.

Das erstere ist dann der Fall, wenn die Beziehung des Besitzmittlers zur Sache infolge der von ihm vorgenommenen Besitzübertragung beseitigt wird, d. h. wenn der Besitzstellvertreter dem Dritten die tatsächliche Gewalt nicht in der Weise eingeräumt hat, daß er sich ihm gegenüber die Stellung als mittelbarer Besitzer verschafft. Andernfalls dauert der Besitz des mittelbaren Besitzers nach wie vor fort (Staudinger zu § 868 V, 2 a; RGKomm. zu § 868 Nr. 6).

Ob aber ein solches, den früheren unmittelbaren zum mittelbaren Besitzer stempelndes Besitzmittlerverhältnis, wie Verwahrungs- oder Leiheverhältnis usw., neu begründet worden ist oder nicht, muß sich daraus ergeben, ob der Besitzmittler sich gegenüber dem Erwerber den Herausgabeanspruch gesichert hat; denn „ein Merkmal, das nicht fehlen darf, ist der dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer zustehende Anspruch auf Herausgabe der Sache . . . Der Herausgabeanspruch ist vom mittelbaren Besitz nicht trennbar“ (Gierke, 24. DJT. S. 33). Hat sich der unmittelbare, unredliche Be-

sitzer den Herausgabeanspruch vorbehalten, so würde hier ein „entfernterer“, mittelbarer Besitz oder ein mittelbarer Besitz „zweiten Grades“ bei demjenigen vorliegen, der bis zur Besitzübertragung seitens des unmittelbaren Besitzers allein mittelbarer Besitzer war.

Jede dieser Verhaltungsweisen des unmittelbaren Besitzers ist für sich allein zu betrachten.

In denjenigen Fällen, in denen durch die Übertragung des unmittelbaren Besitzes an den Dritten in Ermanglung der gleichzeitigen Begründung eines dem § 868 entsprechenden Besitzverhältnisses der mittelbare Besitz beendigt wird, hat der Dritte den unmittelbaren Besitz „auf Kosten“ nicht nur des Besitzmittlers, sondern auch des mittelbaren Besitzers erlangt; denn sein Erwerb hat zur Zerstörung des mittelbaren Besitzes geführt, die Vernichtung des mittelbaren Besitzstandes ist die unmittelbare Wirkung der Erlangung des Besitzes seitens des Dritterwerbers. Es liegt also Identität des den Verlust des einen und den Gewinn des anderen vermittelnden Umstandes vor. „Der Besitz und der Erwerb des unmittelbaren Besitzes stellt sich für die Regel sozusagen als ein Vermögensstück des mittelbaren Besitzes dar. Der unmittelbare Besitzer erwirbt immer auf Kosten des mittelbaren Besitzers“ (Staudinger zu § 868 I, 2 a).

Gegen diese Beweisführung läßt sich nicht etwa einwenden, ein Besitzerwerb „auf Kosten“ des mittelbaren Besitzers liege deshalb nicht vor, weil gegen den Drittbesitzer die Besitzklagen aus § 861 gegeben seien, so daß

also die scheinbare Bereicherung bereits in Form eines Besitzanspruches im Vermögen des Benachteiligten wäre. Denn der Anspruch aus § 861 ist dadurch bedingt, daß gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht geübt wurde, daß dieser also wider seinen Willen aus dem Besitz verdrängt oder darin gestört ist (Staudinger § 869 e; JurW. 1908 S. 447; RG. Bd. 68 S. 386). „Alles was dagegen mit Einwilligung und unter Zulassung des unmittelbaren Besitzers geschieht, kann vom mittelbaren Besitzer nicht mit den Besitzklagen verfolgt werden, sondern gegebenenfalls nur mit der petitorischen Klage, soweit solche eingreift . . .“ (Staudinger a. a. O.; v. Mayr S. 145). Somit wäre die Besitzklage in unserem Falle ausgeschlossen und — sofern der Beklagte gutgläubig ist und daher dem § 1007 BGB. nicht unterliegt[1]) — dadurch die Voraussetzung der condictio pos-

[1]) Man werfe nicht etwa ein, der gute Glaube des Dritterwerbers habe deshalb keine Bedeutung, weil dem mittelbaren Besitzer durch die Handlungsweise des Besitzmittlers der Besitz „abhanden“ gekommen sei (§ 1007 Abs. 2); denn bei dem Begriff „Abhandenkommen“ liegt der Nachdruck auf dem Kriterium der nicht freiwilligen Besitzaufgabe. Eine solche ist aber für den mittelbaren Besitzer nicht gegeben, wenn der unmittelbare Besitzer die Sache weggibt, wegwirft oder auf sonstige Weise von sich aus dem mittelbaren Besitzer entzieht (Staudinger § 935 Anm. 2b γ; RG. Bd. 54 S. 68; JurW. 1903 Beil. S. 62; Seufferts Arch. Bd. 59 Nr. 8). Anders ist die Sachlage bei schlechtem Glauben des Dritterwerbers. Hier würde § 1007 Platz greifen und die condictio dadurch ausgeschlossen sein. Für den Inhalt des Anspruches aus § 1007 würde dasselbe gelten wie für den der condictio possessionis bei gutem Glauben des Beklagten (Staudinger § 1007 I c).

sessionis, das Erlangen „auf Kosten" eines anderen gegeben. Aber auch die letzte Bedingung ihrer Zulässigkeit — das Fehlen eines Rechtsgrundes — ist insofern vorhanden, als der Dritte dem mittelbaren Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht; denn mag auch in der durch die Erlangung des unmittelbaren Besitzes bewirkten Zerstörung des mittelbaren Besitzes eine verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer nicht erblickt werden (Crome § 350 III und A. 41, demzufolge dem mittelbaren Besitzer gegenüber verbotene Eigenmacht nicht begangen werden kann; and. M. Gierke, 24. DJT. S. 37), so entbehrt der dem Dritterwerber vom ungetreuen Besitzmittler übertragene Besitz dem bisherigen mittelbaren Besitzer gegenüber jedenfalls des rechtlichen Grundes.

Was den Inhalt der condictio possessionis in diesem Falle angeht, so kann der mittelbare Besitzer in Analogie zu § 869 BGB. nur Herausgabe an den unmittelbaren Besitzer verlangen; bloß dann, wenn dieser zur Annahme nicht imstande oder bereit ist, kann er Rückerstattung an sich selbst fordern; denn würde ihm gestattet sein, die unmittelbare Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst zu beanspruchen, so würde er mehr erhalten, als der Bereicherte auf seine Kosten erlangt hat (v. Mayr S. 147; and. A. Bunsen a. a. O. S. 89, der einen Anspruch auf Wiedereinräumung an den mittelbaren Besitzer gewähren will).

Der mittelbare Besitzer wird mit diesem seinem Anspruche regelmäßig jedoch erst dann hervortreten, wenn

der unmittelbare Besitzer untätig bleibt, was immer der Fall sein wird, wenn er die Sache in unredlicher Absicht verbracht hat.

Wir kommen nunmehr zu denjenigen Fällen, in denen der unmittelbare Besitzer bei Übertragung der tatsächlichen Gewalt ein Besitzverhältnis des § 868 BGB. zwischen sich und dem Dritterwerber hergestellt hat, also zu den Fällen des „entfernteren" mittelbaren Besitzes.

Hier fragt es sich, ob der Dritterwerber den unmittelbaren Besitz „auf Kosten" des jetzigen mittelbaren Besitzers zweiten Ranges, d. h. des ursprünglich alleinigen mittelbaren Besitzers erlangt hat. Das ist zu verneinen. Allerdings nahmen wir mit Staudinger zu § 868 I, 2a oben an, daß der Erwerb des unmittelbaren Besitzes sich im allgemeinen als ein Vermögensstück des mittelbaren Besitzers darstellt und daher in der Regel auf dessen Kosten erlangt ist. Allein dieser Grundsatz muß da eine Ausnahme erleiden, wo der bisherige mittelbare Besitzer nicht völlig aufhört, Besitzer zu sein, sondern — im Gegensatz zu dem zuletzt behandelten Fall — nur aus einem „näheren" mittelbaren Besitzer zu einem „entfernteren" mittelbaren Besitzer wird, dessen Rechte allerdings geschmälert worden sind. Der Dritterwerber hat seinen unmittelbaren Besitz also nicht „auf Kosten" des mittelbaren Besitzers zweiten Ranges, sondern auf Kosten des früheren unmittelbaren Besitzers, d. h. des jetzigen mittelbaren Besitzers ersten Ranges erworben. Dem mittel-

baren Besitzer zweiten Ranges steht demnach eine condictio possessionis nicht zu.

Im folgenden ist der Fall zu betrachten, daß „die Weggabe des Besitzes seitens des Besitzers nicht in unredlicher Absicht, sondern infolge eines Irrtums erfolgte und der Empfänger kein Recht an der Sache erworben hatte" (Bunsen S. 89). Z. B. der A hat dem C, den er irrtümlicherweise für B hielt, die Sache zur Verwahrung übergeben. Wenn Bunsen (a. a. O.) diesen Fall ebenso behandelt wissen will wie den, daß der unmittelbare Besitzer unredlicherweise die Sache verbringt, so können wir ihm auch hierin nicht beipflichten. Bei seiner Entscheidung läßt es Bunsen ganz unberücksichtigt, daß ein die Zulässigkeit der Besitzbereicherungsklage ausschließender Irrtum vorliegt:

Die Verwechslung des B mit dem C bedeutet einen Irrtum über die Identität der Person, der als Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung anzusehen ist (vgl. Planck, BGB. § 119 Nr. 2 a). Jedenfalls aber liegt ein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Person vor, der nach Abs. 2 des § 119 BGB. die Anfechtbarkeit begründet.[1])

Ähnlich liegt der Fall, wenn der A dem C, den er für den B hielt, den Besitz gemäß § 854 Abs. 2 BGB. übertragen hat, z. B. der A überträgt den Besitz an

[1]) Daß auch das weitere Erfordernis — Nichtabgabe der Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles, § 119 BGB. — vorliegt, kann nicht bezweifelt werden.

seinem im Walde lagernden Holze im Dorfwirtshause irrtümlich an C, statt an den B (vgl. ähnlichen Fall bei Staudinger zu § 854 II, 2 a). Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß sich in dem letzten Beispiel der konsensuale Besitzwechsel — anders als im ersten Fall — ohne sofortige Einräumung der tatsächlichen Gewalt vollzogen hat. Nur die Möglichkeit, sich diese tatsächliche Gewalt über die Sache sofort zu verschaffen, ist hier eingeräumt worden.

Für die Entscheidung des zweiten Beispiels ist es ohne Belang, welche Bedeutung man der hier in Frage kommenden Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. beimißt. Mag man in ihr nur eine Voraussetzung für die Feststellung erblicken, daß sich der Besitzerwerb durch Übergabe vollzogen habe, so daß sie, da sie nicht als Bedingung für den Eintritt des gewollten und herbeigeführten Besitzerwerbs seitens des Dritten erscheint, nicht als Rechtsgeschäft aufzufassen wäre (so Mot. Bd. 3 S. 89 und die bei Staudinger Bd. 3 zu § 854 II, 2 b Angeführten), oder mag man in ihr eine Voraussetzung des Besitzerwerbs überhaupt, also ein Rechtsgeschäft, sehen (so Stöver im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 169 und Staudinger a. a. O.), jedenfalls unterliegt sie der Anfechtung wegen Irrtums: entweder ohne weiteres zufolge ihres rechtsgeschäftlichen Charakters oder kraft analoger Behandlung mit den Rechtsgeschäften. „Bei Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzung (d. h. Einigung) erfüllt sei, wird man auf die beiderseitigen Willenserklärungen

die Vorschriften über die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen anzuwenden haben, so daß also im Falle der Geschäftsunfähigkeit, des wesentlichen Irrtums, der Anfechtung wegen Drohung oder Betrugs die Voraussetzung nicht erfüllt ist" (Mot. Bd. 3 S. 101; Cosack § 187 Nr. 6).[1])

Die Wirkung der Anfechtung ist die, daß die abgegebene Willenserklärung als von Anfang an nichtig anzusehen ist; demgemäß beruht der Besitz des Dritten nicht mehr auf dem Willen des Übertragenden. Er gilt vielmehr als ohne den Willen des Besitzers, d. h. eigenmächtig erlangt, und ist daher fehlerhaft. Allerdings wird das tatsächliche Verhältnis, in welchem die Parteien zur Sache stehen, in seinem Bestand von der Anfechtung nicht berührt: Der Besitz bleibt nach wie vor bei demjenigen, der die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat; nur die Eigenschaft des Besitzes, im Wege der Einigung erlangt worden zu sein, ist nachträglich zerstört worden (Jherings Jahrb. Bd. 48 S. 163). Ebenso die Mot. Bd. 3 S. 103: „Von der Rechtsgültigkeit der Aufgebungserklärung hängt nicht, wie bei der Eigentumsdereliktion, die Wirksamkeit des sich anschließenden Er-

---

[1]) Es kommt hinzu, daß § 119 BGB. lediglich von der Anfechtung einer „Willenserklärung" spricht, welch letztere nach herrschender Meinung durchaus nicht identisch ist mit „Rechtsgeschäft", von dem sie nur einen Teil bildet (vgl. Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 1 Abschn. 3 Einl. Anm. 2). Daß aber die Einigung jedenfalls eine „Willenserklärung" ist, wird nicht bestritten werden können.

werbes ab; es ist nur nötig, daß in der Person des Erwerbers die Erfordernisse der Besitzerwerbung sich erfüllen. Freilich wird, wenn die Erklärung nichtig war, die neue Erwerbung nicht als eine mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgende anzusehen sein ..."

Dem A steht also gegen den B die Besitzklage aus § 861 BGB. zu, da verbotene Eigenmacht vorliegt. Somit ist die condictio possessionis nach obigem hier ohne weiteres ausgeschlossen.

Gegen die Zulässigkeit der Besitzklage aus §§ 861 ff. nach erfolgter Anfechtung hat man nun geltend gemacht, daß durch die solchenfalls notwendig werdende Einführung petitorischer Elemente in den Besitzprozeß Unzuträglichkeiten herbeigeführt würden, die den Grundsätzen des possessorium nicht entsprächen (vgl. Iherings Jahrb. Bd. 48 S. 165). Hiergegen wird aber dort mit Recht bemerkt, „daß petitorische Elemente ebensogut in anderen Fällen in Betracht gezogen werden können, wo die Zulässigkeit der Besitzklage nicht beanstandet wird. Man denke an die Übertragung des mittelbaren Besitzes und an die Fälle des § 854 Abs. 2".

Endlich hat man gegen die Zulässigkeit der Besitzklagen in dem uns beschäftigenden Falle angeführt, daß es mit Rücksicht auf gewisse Folgen der verbotenen Eigenmacht — z. B. die §§ 992, 2025 —, die als Unrecht aufzufassen sei, unbillig erscheine, eine rechtmäßige Besitzerwerbungshandlung nachträglich als eine widerrechtliche

hinzustellen und jene Folgen eintreten zu lassen (a. a. O.). Demgegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß es bei der verbotenen Eigenmacht nicht auf Verschulden des Täters ankommt, sondern daß sie allein durch die Tatsache der Besitzentziehung oder Störung ohne Willen des Besitzers vollendet wird. Sie bildet also ein objektives Unrecht. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es nicht unbillig, eine Tatsache nachträglich als verbotene Eigenmacht erscheinen zu lassen: Solange zu dem objektiven Tatbestand der Eigenmacht nicht der subjektive des Verschuldens tritt, ist eine Haftung aus den §§ 992 u. 2025 ausgeschlossen. Die Bemerkungen der Protokolle (Bd. 3 zu § 992 S. 348) lassen keinen Zweifel daran, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz nur dann eintritt, wenn den Täter ein Verschulden trifft. Die Folgen des § 992 knüpfen also nicht an die verbotene Eigenmacht schlechthin an, sondern nur an die als Delikt verbotene Eigenmacht (Biermann zu § 992 und Jherings Jahrb. Bd. 48 S. 166; Analoges gilt für § 2025).

Die §§ 992 u. 2025 können somit nicht als Gegenargument zu unserer Auffassung angeführt werden.

Nach alledem ist bewiesen, daß es nicht angeht, mit Bunsen den Fall, in dem der Besitz irrtümlich übertragen ist, demjenigen gleichzustellen, in dem der ungetreue, unmittelbare Besitzer die Sache verbringt. Die Unrichtigkeit seiner Auffassung leuchtet noch mehr ein, wenn wir den Fall setzen, daß der unmittelbare Besitzer B, der die Sache in Verwahrung gehabt hat, diese nach Ablauf der

Verwahrungszeit irrtümlicherweise dem gutgläubigen C statt dem Hinterleger A übergibt. Hier wird man unterscheiden müssen, ob der anfechtungsberechtigte B von seinem Recht der Anfechtung Gebrauch macht oder nicht.

Im ersteren Falle stehen dem A nach § 869 BGB. die Besitzansprüche zu, da der C infolge der Anfechtung zum Eigenmächter wird. A kann dann zwar nicht Übergabe der Sache an sich, sondern nur an den unmittelbaren Besitzer verlangen (§ 869 Satz 2). Solchenfalls ist also dem A die condictio possessionis versagt.

Ficht aber der B den Übergabekonsens nicht an — A selbst ist nicht in der Lage, die Willenserklärung des B anzufechten, da man nur seine eigene Willenserklärung anfechten kann —, so stehen dem A die Besitzklagen nicht zu, da diese das Vorliegen verbotener Eigenmacht voraussetzen, welch letztere erst durch die Anfechtung des B erzeugt wird. Dem A steht also, da auch § 1007 nicht Platz greift — C war gutgläubig, ein Abhandenkommen liegt nicht vor, da der unmittelbare Besitzer die Sache weggegeben hat (vgl. Staudinger § 935 Anm. 2 b γ) —, die Besitzbereicherungsklage gegen den C zu.

§ 14.

Verhältnis der condictio possessionis zur Eigentumsbereicherungsklage.

Wir kommen nunmehr zu der oben bereits angedeuteten Frage der Konkurrenz des Besitzbereicherungsanspruches

mit der Eigentumsbereicherungsklage. M. a. W. ist, wenn der Empfänger mit dem Besitz oder später auch das Eigentum erworben hat, die Besitzbereicherungsklage durch die Eigentumsbereicherungsklage ausgeschlossen?

Es ist bereits oben die Rede von der Ansicht gewesen, die der condictio possessionis den weitesten Umfang einräumt, indem „jeder, der Besitz gehabt und verloren hat, die condictio anstellen kann, ohne Rücksicht, ob er daneben auch Eigentum hat, und ob der Verlust nur den Besitz als solchen betraf oder das Eigentum mit“ (Bruns S. 200). Derselben Ansicht ist Plessen S. 24: „Der Besitzbereicherungsanspruch ist in allen Fällen zulässig, wo gleichzeitig das Eigentum kondizierbar ist; denn der Eigentumsbereicherungsanspruch enthält stets zugleich auch den Besitzbereicherungsanspruch“. Hiernach ist das Verhältnis der Besitzbereicherungsklage zur Eigentumsbereicherungsklage ähnlich gedacht wie das Verhältnis zwischen der Klage aus früherem Besitz und der Eigentumsklage, insofern nämlich der Eigentümer statt der rei vindicatio die Klage aus früherem Besitz mit ihrem viel sichereren und häufig bequemeren Weg zur endgültigen Wiedererlangung seines Besitzes wählen kann, namentlich dann, wenn er den vielfach schwierigen Beweis des unfreiwilligen Besitzverlustes zu erbringen sich nicht getraut, dagegen wohl den bösgläubigen Erwerb des gegenwärtigen Besitzers nachzuweisen vermag (vgl. v. Mayr S. 170 a. E.). Der Unterschied zwischen der Rechtslage dort und hier besteht

nur darin, daß dort der Benachteiligte noch Eigentum besitzt, während er dieses hier bereits eingebüßt hat.

Nach der Auffassung Bruns' und Plessens wäre z. B. in dem Falle des § 964 BGB., wo mit dem Besitz auch zugleich das Eigentum übergegangen ist, nicht nur die Eigentumsbereicherungs-, sondern auch die Besitz-bereicherungsklage zulässig.

Allein diese Ansicht muß als irrig bezeichnet werden; denn wenn der Empfänger durch die Leistung oder gar später auch Eigentum erworben hat, so hat er als dinglich Berechtigter einen Anspruch auf den Besitz; er ist somit durch das Recht, nicht durch den Besitz ungerechtfertigt bereichert (vgl. Bunsen S. 87 a. E.). In demselben Sinne äußert sich Bolze (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 79 S. 210): „Die Konsequenzen, zu welchen Bruns gelangt ist, sind unhaltbar. Wie die causa, auf Grund deren der Beklagte den Besitz von dem Kläger erlangt hat, ihm kein Recht gibt, den Besitz dem Kläger gegenüber zurückzubehalten, und er um deswillen verpflichtet ist, ihn dem zurückzugeben, von welchem er ihn erlangt hat, so schließt das die Wirksamkeit eines absoluten Rechts nicht aus, welches der Beklagte unabhängig von dem Kläger erlangt hat. Gibt das Eigentum dem Beklagten das absolute Recht jedem gegenüber auf den Besitz, so hat er es auch dem Kläger gegenüber, dem er nur verpflichtet ist, wenn und insoweit er sich auf dessen Hingabe berufen müßte, um den Besitz ihm gegenüber zurückzuhalten". — Wenn nun Plessen

sich bei seiner Auffassung auf v. Mayr stützt, so beruht dies u. E. auf einem Mißverständnis; denn v. Mayr schränkt seine S. 170 ausgesprochene Meinung, die condictio possessionis setze nicht voraus, „daß die Bereicherung des Beklagten nur durch den Besitz begründet ist", sei vielmehr auch zulässig, wenn der Dritte Eigentum erworben habe, auf S. 172 dahin ein, daß der Besitz sich nicht als ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, sofern das dem Belangten zugleich zustehende Eigentum ihm ein Recht zum Besitz gegenüber dem Kläger gewährt.

Man könnte nun zugunsten der Zulässigkeit der condictio possessionis anführen, daß, sofern es sich um eine derivative Besitzübertragung handelt, der Übertragende, falls er nicht Eigentümer der Sache war, nur Besitz, nicht aber auch Eigentum übertragen habe, daß es mithin, wenn der Dritte später originär auch Eigentum erwirbt, an einer Eigentumsbereicherung „auf Kosten" des Übertragenden fehle; demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die Bereicherung des einen der Benachteiligung des anderen nicht rechnerisch genau zu entsprechen braucht, da die Bereicherung nicht nur die ursprüngliche Vermögensvermehrung, sondern auch das auf Grund derselben später Erworbene umfaßt (Windscheid § 424). Ebenso Bolze Bd. 78 S. 424: „Auch wenn der Beklagte nur Besitz übertragen erhalten hatte, weil Kläger nur diesen und nicht Eigentum hatte, während er Eigentum auch geben wollte, kann der Beklagte, welcher inzwischen

ersessen hat, dieses nicht zurückhalten". Ebenso Bolze a. a. O. weiter S. 431: „Daß der Übergang aus dem Vermögen des Klägers in das Vermögen des Beklagten nicht maßgebend sein kann, zeigt evident die Tatsache, daß sich der Umfang des Verlustes von Rechten auf seiten des Klägers mit dem Umfange der Vorteile, welche dem Beklagten zugeflossen sind, nicht notwendig deckt". Jener Einwand gegen die Zulässigkeit der Eigentumsbereicherungsklage ist also unbegründet.

§ 15.

Verhältnis der Besitzbereicherungsklage zur Eigentumsklage.

Es wäre endlich noch die Frage des Verhältnisses zwischen Besitzbereicherungs- und Eigentumsklage zu erörtern.

Unsere Untersuchung gewinnt Bedeutung zunächst für die Fälle der Hingabe einer Sache mit Rücksicht auf einen mit der Leistung bezweckten Erfolg, sofern hier der Eigentumsübergang sich erst mit dem Eintritt dieses Ereignisses vollziehen soll. Solchenfalls behält nämlich der Berechtigte seinen Eigentumsanspruch. Steht ihm nun daneben auch der Besitzbereicherungsanspruch zu, wenn der Erfolg nicht eintritt? Dieselbe Frage taucht auch weiterhin dann auf, wenn jemand auf Grund eines nichtigen Leistungsgeschäftes lediglich den Besitz erlangt hat, z. B. wenn man einem Geschäftsunfähigen ein Dar-

lehn gegeben hat. Da nämlich der Geschäftsunfähige gemäß § 105 BGB. keine Willenserklärung abgeben, also die ihm gemachte Eigentumsofferte nicht annehmen kann, so hat er durch den Empfang allein noch kein Eigentum, sondern nur den Besitz erworben. Eigentümer bleibt vielmehr der Darlehnsgeber, es sei denn, daß der Empfänger durch originäre Erwerbsakte, z. B. Vermischung, nachträglich Eigentümer wird.

v. Mayr spricht sich für eine beliebige Konkurrenz der beiden Ansprüche aus. „Er — der Besitzbereicherungsanspruch — ist demgemäß nicht nur zulässig, wenn der Kläger nicht Eigentümer, sondern auch, wenn er Eigentümer ist“ (S. 170). „Der Eigentümer kann sich daher in allen Fällen statt des Eigentumsanspruches des Besitzbereicherungsanspruches bedienen, wenn der seinem Eigentumsanspruche zugrunde liegende Tatbestand im einzelnen Falle zugleich den der Besitzbereicherung auf seine Kosten in sich schließt“ (v. Mayr S. 389). Diesen Standpunkt hält auch, wie schon erwähnt, Bruns (S. 199 ff.) für den richtigen, indem er dem Eigentümer die Wahl läßt, „entweder von seinem Eigentum ganz zu abstrahieren und sich bloß auf seinen Besitz und dessen Verlust zu stützen, dann auch nur diese beweisen zu müssen, dafür aber auch nur den Besitz oder dessen Wert einklagen zu können, oder aber sein Eigentum zu behaupten und zu beweisen und dann auch es selber oder seinen vollen Wert einzuklagen“. Bruns hält diesen Standpunkt schon deshalb für richtig, „weil man den

Besitzer — hier offenbar gleichbedeutend mit ‚nicht-besitzender Eigentümer‘ — nicht nötigen könne, sein Eigentum zu behaupten und einzuklagen, wenn er es nicht will, weil er vielleicht gar nicht sicher darüber ist, und er es nicht glaubt beweisen zu können“ (Bruns a. a. O.). Der gleichen Ansicht sind Plessen (S. 19 ff.) und Bolze, (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 79 S. 214): „Ich bin also mit Bruns a. a. O. ganz einverstanden, daß nach heutigem Recht auch der Eigentümer, wenn er nur den Besitz sine causa an den Beklagten verloren hatte, gerade so wie der Besitzer, welcher nicht Eigentümer ist, muß kondizieren können“.

Was nun speziell v. Mayr angeht, so widerspricht er sich (vgl. Plessen S. 59), wenn er S. 388 sagt: „Was aber die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungs-anspruches mit dem Eigentumsanspruch anbetrifft, so ist sie jedenfalls insoweit zu bejahen, als der Eigentümer sich auf den Besitzbereicherungsanspruch zurückzieht“, während er sich auf S. 389 dahin ausspricht: „nicht rechtlich auf Kosten des anderen bereichert ist, wer diese angebliche Bereicherung dem Bereicherten ohnedies kraft dinglichen Rechtszwanges herauszugeben verpflichtet ist“. Nach diesem letzten Satz erscheint es unzulässig, dem nichtbesitzenden Eigentümer die Besitzbereicherungsklage zu gewähren, was v. Mayr ja, wie sich aus dem ersten Zitat ergibt, gerade will (vgl. Plessen S. 59).[1]

[1]) Nur vergreift sich Plessen darin, daß er a. a. O. meint, v. Mayr gewähre auch demjenigen den Besitzbereicherungsanspruch,

Dieser Widerspruch v. Mayrs ist um so auffallender, als er S. 374 sagt: „Überdies ist auch der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen, wenn der Berechtigte aus besonderem Rechtstitel die Herausgabe des Besitzes vom Verpflichteten zu begehren befugt ist und daher auch der Besitz nicht ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines anderen erlangt ist".

„welchem die Besitzinterdikte noch zur Verfügung stehen". Dies ist, wie wir oben sahen, keineswegs der Fall. Im übrigen hat Plessen durchaus recht, wenn er meint, daß v. Mayr, wenn er die condictio possessionis neben der rei vindicatio zuläßt, folgerichtig ganz allgemein die Bereicherungsklage neben dem Geschäftsanspruch hätte gewähren müssen; „denn die Rechtslage ist in allen Fällen genau die gleiche, insofern dem Benachteiligten, abgesehen von einem Bereicherungsanspruch, noch andere Ansprüche zur Verfügung stehen" (Plessen S. 60).

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.